

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NATÁLIA DAMASCENO E SOUSA

**A APLICAÇÃO DA NORMA ANTITRUSTE AO SETOR
FERROVIÁRIO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO PARA A
EFETIVAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO**

NATAL/RN

2015

NATÁLIA DAMASCENO E SOUSA

**A APLICAÇÃO DA NORMA ANTITRUSTE AO SETOR
FERROVIÁRIO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO PARA A
EFETIVAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito - PPGD do
Centro de Ciências Sociais Aplicadas da
Universidade Federal do Rio Grande do
Norte, como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Otacílio dos Santos
Silveira Neto

NATAL/RN

2015

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Sistema de Bibliotecas - SISBI
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Sousa, Natália Damasceno e.

A aplicação da norma antitruste ao setor ferroviário brasileiro como instrumento para a efetivação do desenvolvimento / Natália Damasceno e Sousa. - Natal, 2016.
142f.: il.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Otacílio dos Santos Silveira Neto.

1. Direito econômico - Monografia. 2. Lei antitruste - Monografia. 3. Ferrovias - Concessões - Monografia. 4. Desenvolvimento econômico - Monografia. 5. Ferrovias - Transporte - Monografia. I. Silveira Neto, Otacílio dos Santos. II. Título.

RN/UF/CCSA

CDU 346.546.4

DEDICATÓRIA

À minha amada mãe, Viveca, responsável pela minha paixão pela temática da relação entre políticas públicas e Direito Econômico, que sempre incentivou e estimulou minhas habilidades acadêmicas. Por todo o seu amor e carinho, todos os meus agradecimentos nunca serão suficientes.

A meu irmão, Igor, por acreditar na minha capacidade acadêmica e profissional, sempre somando conhecimentos atuais em nossas discussões.

A meu pai, Arnaldo, responsável pelo meu interesse por Política, por me ensinar a sonhar cada vez mais alto.

A meus amigos e amigas, em nome de Débora, Janaina e Priscilla, pelo apoio e paciência nos momentos de hesitação.

AGRADECIMENTOS

À UFRN, instituição que sempre me acolheu e me proporcionou a infraestrutura necessária à realização dos meus estudos.

Aos (às) talentosos (as) e apaixonados (as) Professores (as) do Mestrado em Direito, em especial ao meu Professor Orientador Otacílio dos Santos Silveira Neto, que me instigou a aprofundar minhas pesquisas e realizar um trabalho de qualidade, acreditando sempre na minha capacidade de fazer melhor.

Aos meus queridos e queridas colegas, que dividiram angústias e preocupações acadêmicas e fraternais.

Aos alunos que assistiram e participaram das aulas lecionadas por mim a título de iniciação à docência.

“Negócios livres como nunca, gente presa como nunca: na América Latina, a liberdade de empresa é incompatível com as liberdades públicas”. Eduardo Galeano (As veias abertas da América Latina)

RESUMO

Este estudo busca identificar as razões econômico-jurídicas do mal funcionamento da infraestrutura dos transportes no Brasil, em especial, do modal ferroviário. Traça linha intersectiva entre as raízes do subdesenvolvimento do país e o desmantelamento das vias férreas. Considera, para tanto, a alta concentração de poder econômico como a causa da baixa competitividade inerente a determinados setores econômicos que se tornam frequentemente dominados por grupos monopolistas tradicionais. Em seguida, aborda o novo marco regulatório do transporte ferroviário, em construção desde 2011, e formalizado com o Decreto 8.129/13 e outros diplomas normativos (o PIL Ferrovias), programa do Governo Federal que pretende abrir a operacionalização do transporte sobre trilhos a todas as empresas interessadas, sob os auspícios do modelo de concessões conhecido mundialmente como *Open Access*. Analisa benefícios reais trazidos pelo novo regime de concessões para a consecução do direito constitucional ao desenvolvimento em seu sentido amplo. Conclui que a descontinuidade política prejudica a implementação desse sistema e que há forças políticas contrárias à mudança, relacionadas tanto à ideologia de cunho monetarista quanto aos grupos detentores do tradicional poder econômico. Diante do desenho detalhado, propõe atitudes a serem tomadas pelo CADE acerca do novo modelo no sentido de aprimorar o setor em defesa do direito constitucional à livre concorrência, utilizando-se de doutrina de vanguarda.

Palavras-chave: Ferrovias, Concessões, Concorrência, Desenvolvimento, PIL.

ABSTRACT

This study seeks to identify the economic and legal reasons for the poor functioning of transport infrastructure in Brazil, especially the railroad modal. It draws an intersecting line between the roots of the underdevelopment of the country and the dismantling of the railways. It considers, therefore, the high concentration of economic power as the cause of the low competitiveness inherent in certain economic sectors frequently dominated by traditional monopoly groups. It then addresses the new regulatory framework for rail transport, which has been under construction since 2011 and formalized with Decree nr. 8.129/13 and other normative documents (the Investment Program in Logistics on Railways – IPL Railways), a program of the former Federal Government that intended to open the operation of rail transportation to all the companies interested, under the auspices of the concessions model known worldwide as Open Access. It analyzes the real benefits brought by the new concessions regime in the way of implementing the constitutional right to develop in its broad sense. It concludes that political discontinuity hinders the implementation of this system and that there are political forces opposed to change, related to monetarist ideology as well as groups that hold the traditional economic power. Afterwards, it proposes some measures about this new model to be taken by Administrative Council for Economic Defense in order to improve the sector in defense of the constitutional right to free competition. Therefore, uses avant-garde doctrine.

Keywords: Railways, Concessions, Competition, Development, IPL.

LISTA DE SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ALL – América Latina Logística
ANTF – Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários
ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres
BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBTU – Companhia Brasileira de Trens Urbanos
CNT – Confederação Nacional do Transporte
CONIT – Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte
DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
EPL – Empresa de Planejamento e Logística S/A
EFVM – Estrada de ferro Vitória-Minas
FNS – Ferrovia Norte Sul S/A
FTL – Ferrovia Transnordestina Logística S/A
IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MPV – Medida Provisória
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OFI – Operador Ferroviário Independente
PND – Programa Nacional de Desestatização
PPP – Parceria Público Privada
RFFSA – Rede Ferroviária Federal S/A
TCU – Tribunal de Contas da União
UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
USP – Universidade de São Paulo
VLI – Valor da Logística Integrada

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 Participação relativa dos modais de transporte de diferentes países.....	10
Figura 2 Atividades Econômicas em Sentido Estrito e Serviços Públicos.....	41
Figura 3 Distribuição do transporte no Brasil em comparação com outros países.....	72
Figura 4 Concessão de Malhas Ferroviárias.....	80
Figura 5 Arranjo Institucional do Setor Ferroviário Brasileiro	81
Figura 6 Competição modal no transporte de carga segundo a distância percorrida e peso de carga.....	73
Figura 7 Produção Ferroviária (bilhões de TKU).....	83
Figura 8 Investimentos nas Malhas Existentes concedidas à Iniciativa Privada.....	84
Figura 9 Ferrovias Valec	90
Figura 10 Esquema visual do campo material de aplicação da Legislação Antitruste..	102
Figura 11 Divisão de Competência entre Agências e CADE.....	113

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
1. INTRODUÇÃO	9
2. AS ORIGENS DO SUBDESENVOLVIMENTO BRASILEIRO	18
3. O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO	30
4. ESPÉCIES DE ATIVIDADES ECONÔMICAS DA NAÇÃO	39
5. OS SERVIÇOS DE INFRAESTRUTURA E O PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO	45
5.1. O processo de desestatização e o surgimento das agências reguladoras.....	48
5.2. As agências reguladoras	53
5.3. Monopólio natural e a doutrina das <i>Essential Facilities</i>	65
6. O SISTEMA FERROVIÁRIO BRASILEIRO	71
6.1. Competitividade dos trilhos em relação a outros modais	73
6.2. Evolução histórica.....	75
6.3. O programa de investimento em logística e as pressões orçamentárias	86
6.4. Uma análise comparativa de casos estrangeiros	98
7. DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM SETORES REGULADOS	99
7.1. CADE x Agências reguladoras: conflitos de competência	108
7.2. Aplicação das normas antitruste ao setor ferroviário	123
8. CONCLUSÕES	130

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata-se de uma análise a respeito da possibilidade de aplicação da lei antitruste aos serviços de infraestrutura ferroviária como instrumento de efetivação do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: o desenvolvimento nacional¹. Realizado junto ao Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, relativamente à temática da *Intervenção do estado na (e sobre a) economia e desenvolvimento*, inserta na linha de pesquisa *Constituição, Regulação Econômica e Desenvolvimento*.

A pesquisa relaciona-se diretamente à área de Direito Econômico, partindo da análise de como o ordenamento jurídico pátrio disciplina a regulação dos serviços de infraestrutura ferroviária e como poderá ser auxiliada pelo direito antitruste na concretização do interesse público.

Para o entendimento da situação atual do ordenamento jurídico-econômico brasileiro, inicia-se com a compreensão da evolução histórica da ordem econômica nacional, bem como da origem e expansão da malha ferroviária no país.

Este trabalho de pesquisa e análise foi motivado pela constatação do problema relacionado ao desmantelamento jurídico e físico do setor de infraestrutura ferroviária no Brasil em comparação com outros países e até mesmo com décadas anteriores.

No aspecto jurídico, o modelo de concessões escolhido (o verticalizado) causa ineficiências que decorrem principalmente do fato de que grandes regiões brasileiras são praticamente monopolizadas por uma empresa que domina tanto as atividades de infraestrutura quanto as de transporte ferroviário.

No aspecto físico, o sistema ferroviário nacional apresenta deficiências tanto no que diz respeito à infraestrutura de trilhos, a qual não atende satisfatoriamente à demanda nacional, quanto no que se relaciona à operacionalização do transporte pelas empresas sobre as malhas, que se mostra defasada em tecnologia e quantidade.

Do gráfico abaixo, é possível se verificar a existência de indícios de que o sistema de concessões pode não estar funcionando da melhor forma possível, já que a participação relativa do modal ferroviário no Brasil se mantém baixa, em comparação com outros

¹ Constituição Federal. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional.

países de dimensões similares, mesmo tendo havido um grande aporte de investimento privado e aprimoramento tecnológico no setor.

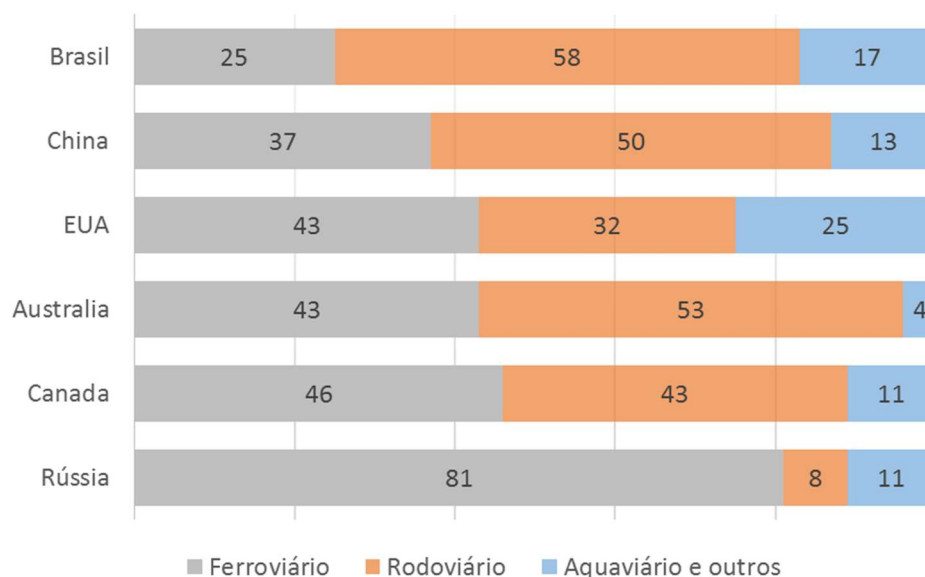


Figura 1 Participação relativa dos modais de transporte de diferentes países²

Quais os principais problemas que obstaculizam a eficiência do sistema ferroviário nacional? Estaria o modelo de concessões funcionando da maneira mais eficiente possível? Haveria algum problema relacionado à concorrência entre as concessionárias no setor ferroviário? A aplicação da legislação antitruste poderia contribuir para a melhoria do setor de infraestrutura ferroviária no Brasil? É possível aplicar a lei antitruste aos serviços públicos? De que maneira o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) poderiam unir esforços nos seus respectivos campos (de defesa da concorrência e de regulação da malha férrea) para concretizar o fim comum do desenvolvimento nacional? Como deve a Administração Pública se organizar para tutelar a concorrência em mercados regulados e qual o grau de intervenção desejável, por parte da autoridade concorrencial, nesses setores, uma vez que essa se somará à extensa tutela já exercida pela entidade reguladora setorial? Tais perguntas serão devidamente respondidas ao longo deste estudo.

Assim, o objeto deste trabalho é o estudo da viabilidade da aplicação da Legislação de Defesa da Ordem Econômica (Lei 12.529/11) ao Setor de Infraestrutura

² Ministério dos Transportes, 2011.

Ferroviária, como forma de consecução do objetivo constitucional de desenvolvimento e de concretização do direito social ao transporte de acordo com o art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil³.

Para o correto diagnóstico jurídico, utiliza-se como pressupostos teóricos (1) os estudos existentes atualmente sobre a situação do setor de infraestrutura ferroviária a fim de se descobrir os principais obstáculos ao desenvolvimento e à expansão da malha férrea no país, (2) a análise da abrangência do regime jurídico da nova lei antitruste, a sua aplicação às pessoas jurídicas de direito público (principalmente, às agências reguladoras) e a serviços públicos (como nos serviços de infraestrutura), (3) a reflexão doutrinária sobre a interação entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e as agências reguladoras e (4) as restrições atuais à concorrência no âmbito do setor ferroviário, sob a incidência do modelo verticalizado de concessões.

Os objetivos gerais desta pesquisa são (1) compreender a estrutura jurídica do sistema ferroviário nacional, destacando eventuais ineficiências e (2) propor soluções baseadas na proteção à concorrência, tendo sempre em vista a necessidade da integração nacional para a concretização do direito ao desenvolvimento.

Para se alcançar os objetivos gerais, traçou-se as seguintes metas específicas: (1) definir Desenvolvimento, de acordo com os preceitos constitucionais e a ideologia econômica adotada pelo Poder Constituinte, (2) analisar a evolução da malha ferroviária brasileira em conjunto com a ordem econômica nacional, (3) compreender o sistema de concessões atual e o papel dos agentes institucionais em concretizá-lo, (4) confrontar posicionamentos doutrinários acerca da forma de aplicação e dos objetivos últimos do Sistema Antitruste aos serviços regulados e (5) verificar a possibilidade de existência de um trabalho conjunto entre Agência Reguladora e CADE em prol da integração e desenvolvimento do país.

É perceptível que quando a infraestrutura de um país não funciona como o desejado, desvia-se do objetivo constitucionalmente traçado de desenvolvimento nacional, considerado não apenas um mero crescimento econômico nacional, mas também, e principalmente, um instrumento de concretização da igualdade de oportunidades entre os sujeitos econômicos e entre regiões.

³ Constituição Federal. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, **o transporte**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (grifo da mestrandia).

O mau funcionamento do setor de transportes, por exemplo, distancia a mobilidade mercantil de uma grande parte dos sujeitos econômicos, prejudicando os pequenos comerciantes e tirando-lhes a possibilidade de desenvolver-se.

Além disso, a carência de mobilidade da produção leva a uma concentração progressiva do poder econômico entre os agentes e no seio da sociedade, causando profundas desigualdades populacionais e baixo aproveitamento dos recursos.

O primeiro a reconhecer a importância dominante dos custos de transporte para a localização das empresas e, conseqüentemente, para a concentração geográfica do poder econômico foi Wilhelm Launhardt (*The principles of railway location*) a cuja obra deu continuidade Alfred Weber (*Alfred Weber's theory of the location of industries*). A linha geral desses pensadores foi resumida por Simões Lopes:

Os custos de transporte são importantes e decisivos, pelo que a localização mais conveniente será encontrada no ponto em que os custos conjuntos de transporte das matérias primas vindas das suas várias origens e os de colocação do produto final sejam mínimos⁴.

Somado a isso, a autora observou que os empresários brasileiros se queixam diuturnamente da dificuldade e escassez dos modais de transporte no país que encarece os produtos nacionais e afeta a competitividade no âmbito internacional, tudo isso em virtude do dismantelo do sistema de transporte de cargas e pessoas.

Sentiu-se, portanto, estimulada a encontrar soluções jurídicas para o imbróglio que obstaculiza a consecução de dois objetivos fundamentais da República: a garantia do Desenvolvimento Nacional e a redução das Desigualdades Sociais e Regionais (art. 3º, II e III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Considerando que o setor ferroviário faz parte do pacote de atividades que, nas últimas décadas, vem se afastando da máquina pública em busca de investimentos privados, num processo mundialmente conhecido como desestatização, é relevante para o seu estudo, a reflexão sobre as recém surgidas divergências doutrinárias a respeito do

⁴ LOPES, António Simões, **Desenvolvimento regional**, 5a. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 177.

regime jurídico que trespassa essas novas estruturas econômicas, inclusive no que tange as normas de defesa da concorrência.

Em meio ao complexo de temas concernentes ao estudo da legislação de defesa da concorrência, ponto ainda não tão elucidado na doutrina mundial é o da interseção entre a defesa da concorrência e a publicização da prestação de serviços pelo Estado. Este tema, de importância crescente no estudo de Direito Econômico, gera constantes dúvidas e contradições e uma necessidade de que os estudiosos da área se mantenham abertos para as novas estruturas econômicas que unem empresas privadas ao aparelho de Estado.

As frequentes crises do Mercado Capitalista de Produção demandaram adaptações do Estado burguês no sentido de estabilizar seu mercado interno e orientar os agentes econômicos em um mesmo eixo de desenvolvimento, através de um planejamento integrado.

A inserção da economia autárquica em convivência com o modelo de livre mercado destacou-se como instrumento de conciliação da pluralidade de objetivos existentes na Carta Constitucional, particularmente, no capítulo sobre a Ordem Econômica.

O desenvolvimento nacional, no sentido complexo contemplado pela Constituição, é cobiçado tanto por empresários quanto pela população, unindo todos os brasileiros. No entanto, o caminho mais afortunado para alcançá-lo, muitas vezes depende de algumas concessões mútuas.

Com o objetivo de guiar os elementos econômicos rumo aos fins nacionais almejados, ocorreu uma proliferação de entes estatais responsáveis pelo direcionamento dos agentes e a mediação entre população, agentes econômicos e Estado.

O setor da infraestrutura ferroviária é exemplo magistral desta tendência, uma vez que une em si os interesses não apenas dos empresários – em conquistar novos mercados consumidores descortináveis pela integração nacional e lograr preços mais competitivos –, mas também da população que se beneficia com o desenvolvimento dos transportes, com a melhoria na qualidade dos produtos e serviços, com a acessibilidade de informações e culturas, com a integração nacional etc.

O pacto entre agentes privados e Estado tem como consequência o aprofundamento da convergência entre Direito e Economia, fundindo tópicos até então estanques em aspectos até então impensados. Nesse contexto, a Defesa da Concorrência é caso paradigmático. Nunca pensada fora das atividades econômicas em sentido estrito,

começa a infiltrar-se no conteúdo dos atos de entes estatais (como as Agências Reguladoras).

Na medida em que esses entes estatais direcionam a economia do país, emitem atos regulatórios capazes de afetar não apenas o mercado relevante regulado, mas também agentes estatais dependentes das atividades prestadas em algum nível da escala produtiva.

Nesse cenário, a doutrina em Direito Econômico e as entidades responsáveis pela higidez concorrencial mundo afora sentiram a necessidade de estudar os mecanismos capazes de influenciar o conteúdo dos atos regulatórios e de impedir que prejudiquem de forma injustificada uma benfazeja competição.

Entretanto, apegada a conceitos estanques, parte da Doutrina nega a possibilidade da interferência de entes como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no conteúdo de atos regulatórios emitidos pelas Agências Reguladoras. Em seu livro sobre o Sistema da Lei Antitruste Brasileira, Paula Andrea Forgioni aceita que a legislação protetora da concorrência seja aplicada à Administração, mas apenas no âmbito da Intervenção Direta (Estado Empresário), quer dizer, o posicionamento da discente da Universidade de São Paulo não deixa claro se a Lei 12.529/11 (Lei Antitruste Brasileira) só incidiria sobre uma pessoa jurídica de direito público, quando esta atuar como empresária.

(...) a Administração está sujeita às limitações da Lei Antitruste apenas na exploração, pelas entidades que a conformam como Administração Indireta, de *atividade econômica em sentido estrito*⁵.

Diante da delimitação feita, remanesce incólume à Proteção da Concorrência os atos das Agências Reguladoras, cuja natureza autárquica as enquadra fora da *atividade econômica em sentido estrito*.

Considerando que os atos regulatórios das agências reguladoras são expressões do planejamento de Estado, ou melhor, da implementação de políticas públicas, a Forgioni traz ainda mais argumentos seus contrários à interferência do CADE.

Afrontaria a Constituição admitirmos que o CADE teria competência para penalizar ou balizar o comportamento dos entes da Administração incumbidos da formulação / implementação de políticas públicas ou mesmo da

⁵ FORGIONI, Paula Andrea, **Os Fundamentos do Antitruste**, 4a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 142.

prestação de serviços públicos. Se assim fosse, o CADE colocar-se-ia acima do próprio Presidente da República, a quem incumbe chefiar o Poder Executivo.

No entanto, a posição de Paula Forgioni não parece ser a adotada nos julgados do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência que vêm se utilizando de critérios bem mais amplos para a aplicação da Lei Antitruste nos serviços de infraestrutura, como veremos mais a frente.

Sabe-se que a regulação estatal da economia é exercida por meio de limitações à liberdade de iniciativa e à concorrência entre os agentes no mercado, a fim de evitar perdas de bem-estar social, sintetizado na concretização de uma gama de valores constitucionalmente consagrados como princípios jurídicos e objetivos da ordem econômica brasileira.

Vale esclarecer, desde o início, que a exclusão de alguns mercados do regime de liberdade de empresa para inseri-los em situações de exclusiva titularidade estatal (sejam monopólios estatais, sejam serviços públicos) é de competência do direito. As causas justificantes desta exclusão são tanto de caráter econômico quanto de caráter social, ou seja, surgem, de um lado, em virtude da presença de falhas de mercado (questão econômica) e, de outro, por causa da imprescindibilidade de algumas atividades para a concretização de valores compartilhados pela sociedade.

O encontro de falhas de mercado com a necessidade de promoção de valores socialmente compartilhados faz com que o Estado, por meio do Direito, utilize seu poder de império para garantir e condicionar a oferta desses bens e serviços, na forma de princípios constitucionais e outras normas jurídicas cogentes que criam um marco regulatório visando à sua melhor tutela⁶.

Dessa forma, o Direito pode ter o relevante papel no desenho institucional dos mercados. Assim como afirma Lapo Berti, “os mercados podem e muitas vezes devem ser desenhados” por normas jurídicas já que em algumas situações “o seu bom funcionamento depende não apenas de uma robusta pressão concorrencial (...), mas ainda da presença de **algumas outras condições que raramente são determinadas espontaneamente**” (grifo da autora)⁷.

⁶ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro, **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

⁷ BERTI, Lapo, **Il mercato oltre le ideologie**, Milão: Università Bocconi Editore, 2006, p. 181.

Nos setores regulados, é o Direito que traça os limites da livre iniciativa e da regulação setorial. A legislação de proteção à concorrência, em diálogo direto com as normas regulatórias das agências, estabelecerá o esquema jurídico-econômico dos setores regulados, como afirma Patrícia Regina P. Sampaio.

De fato, nesses setores, a inspiração trazida pelo princípio da livre concorrência tem uma função conformadora do próprio mercado; a **sua incidência deverá atuar como um limite à ação do regulador**, que deverá se abster de criar normas que, de forma desnecessária, limitem a competitividade, criem ou reforcem barreiras à entrada (grifo da mestrandia)⁸.

E o posicionamento de Sampaio consiste na fundamentação teórica desta pesquisa. Ao reconhecer que a legislação antitruste ainda pode ser aplicada aos setores regulados como forma de controlar os limites da regulação. Abre-se, assim, um novo espectro a ser estudado: de que forma se dará esse controle concorrencial dos setores regulados, como, por exemplo, o de infraestrutura ferroviária?

Adotar-se-á na pesquisa o modelo teórico-metodológico de investigação conhecido por vertente jurídico-sociológica, pois propõe-se a compreender como o fenômeno jurídico – delineado pela aplicação da legislação antitruste – pode influenciar no sistema sócio-econômico⁹ de articulação entre agência reguladora, Direito Econômico e setor ferroviário.

A investigação será desenvolvida por meio do raciocínio hipotético-dedutivo de Karl Popper, apresentado por meio das seguintes características: existem conhecimentos jurídico-econômicos prévios, há um problema de conflito com as teorias já existentes que negam a aplicação da lei antitruste aos serviços públicos, propõem-se soluções a partir de conjecturas e realiza-se uma tentativa de refutação.

Serão utilizados diversos tipos de investigação para o desenvolvimento desse estudo: o histórico, o comparativo, o projetivo e o propositivo.

Para este estudo, utiliza-se fontes diretas e indiretas, indiscriminadamente, tendo em vista a multidisciplinariedade do objeto de estudo escolhido, dando preferência às

⁸ SAMPAIO, **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**, p. 55.

⁹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**, 2a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. P. 22.

fontes primárias de observação, sem se restringir a outros estudos e livros de doutrina nacional e estrangeira, mas analisando-se diretamente contratos administrativos.

2. AS ORIGENS DO SUBDESENVOLVIMENTO BRASILEIRO

Ao se realizar pesquisa acerca de setores infraestruturais brasileiros, é indispensável relaciona-los ao contexto econômico ao qual estão inseridos, qual seja, o contexto de país subdesenvolvido. As origens coloniais brasileiras tiveram forte influência sobre a posição do país na divisão internacional do trabalho e, conseqüentemente, trouxeram significativas dificuldades no alcance de balanças superavitárias.

A delicada situação orçamentária brasileira torna extremamente fatigante a manutenção da qualidade dos serviços públicos pelo Estado, em uma variedade crescente, como é o caso do sistema ferroviário.

Propõe-se, neste tópico, a analisar a história do (sub) desenvolvimento brasileiro, os motivos de nossa situação econômica em âmbito global, com o fim de evidenciar erros e acertos nas diferentes políticas adotadas por nosso país. Com esse objetivo, ao contrário da maior parte da doutrina do Direito Econômico, tentar-se-á levar em conta não apenas os séculos XX e XXI, mas as origens mais remotas de nossas atuais vicissitudes.

Este tópico, portanto, se propõe a contextualizar o leitor na problemática dificuldade orçamentária do Brasil, que termina por historicamente dificultar o desenvolvimento de uma infraestrutura suficientemente pungente para suportar a grande demanda da produção brasileira. Busca-se afastar a falácia econômica pautada numa suposta superioridade econômica natural de algumas nações em detrimento da baixa produtividade inerente a outras, como a nação brasileira, tendo sempre em conta que a Economia está longe de ser uma ciência meramente natural.

Por ser este um estudo em sede de mestrado em Direito, enfatizar-se-á os aspectos jurídicos que guiaram a economia brasileira desde o descobrimento até a contemporaneidade.

Interessante notar de maneira preliminar que, no plano das ideias econômicas, antes do descobrimento das Américas pelos europeus, essa região guardava total isolamento, desconhecendo os sistemas econômicos já vividos no velho continente. Havia no Brasil, uma comunidade primitiva íntegra, isto é, totalmente exitosa, que ainda não tinha experimentado a necessidade do armazenamento de excedentes.

Antes da Revolução Ultramarina, a Europa vivia o mercantilismo tradicional, pautado na troca de mercadorias. Este sistema econômico sofreu uma guinada com as grandes descobertas ultramarinas, momento em que aflui na Europa uma torrente de

metais preciosos, o que aumentou a importância do capital comercial. Antes desse pensamento, a troca centrava-se na produção. Depois disso, o capital comercial – que surgia da circulação das mercadorias – ganhou importância no comércio internacional.

Antes do descobrimento do Brasil, Portugal já dominava o comércio de especiarias com a costa africana. É interessante notar que o regime jurídico de exploração dos recursos naturais naquela região se efetivou através de um sistema bastante similar ao das concessões ou permissões públicas atuais, ressalvadas as peculiaridades dos objetivos das atividades “estatais” daquela época. Isso demonstra que, naquela época, havia um tipo de intervencionismo estatal na economia que incentivava o comércio exterior¹⁰.

No momento do descobrimento do Brasil, Portugal não possuía fluxo emigratório. Os objetivos iniciais da Metrópole não eram povoar as terras americanas, muito menos, iniciar uma nova produção aqui, mas apenas expandir os negócios com mais regiões produtoras, aumentar o seu capital *comercial*.

No entanto, em terras americanas, não havia bens produzidos para o comércio. Na verdade, não havia possibilidade de comércio, sendo os planos iniciais impraticáveis¹¹.

Assim, é possível, neste ponto, notar que as origens do sistema econômico brasileiro não foram erguidas sobre a importância da produção de bens¹². Portanto, essas origens influenciaram muito a formação do pensamento do empreendedor brasileiro, mais pautado no capital do que na produção em si.

A solução encontrada por Portugal para explorar suas terras no ocidente foi o sistema de Capitânias Hereditárias, efetivado por meio de Donatários.

O açúcar surgiu como a única saída da época para a produção em grande escala e visando a exportação. Segundo Nelson Werneck Sodré, este produto dominou a economia local no primeiro século em virtude de ser “adequado às condições ecológicas da área

¹⁰ Mercadores portugueses, ou associações de mercadores, agindo por licença da Coroa, não tardaram em aplicar no comércio ultramarino um método de negócio que requeria o uso de feitorias privadas. O primeiro passo foi assegurar da Coroa uma doação ou monopólio declaratório de onde eles podiam negociar e quais as mercadorias que podiam traficar. De acordo com Alexander Marchant, citado por Nelson Werneck Sodré, *Ibidem*, p. 95.

¹¹ Os navegadores buscam áreas produtoras conhecidas ou novas para nelas comprar mercadorias. Não as buscam para produzir. **O capital comercial não se interessa pela produção, pelo modo como aparecem as mercadorias.** Quando, por roteiros oceânicos, alcançam aquelas áreas, tudo tende a operar-se em moldes tradicionais.

Ocorre, entretanto, o acidente de algumas descobertas em que o quadro é inesperado: de **áreas não produtoras, áreas em que é necessário montar toda uma estrutura para produzir e, depois, consumir** (grifos da mestranda). *Ibidem*, p. 84.

¹² Atualmente, se percebe que a produção é indispensável para tornar a economia de um país estável para a concretização dos direitos humanos, entre eles o do desenvolvimento.

americana”, ser “objeto de consumo tradicional no mercado europeu”, estar “incorporado à experiência portuguesa de produção e de comércio”, ser “suscetível de atrair recursos para o investimento inicial”, ter “possibilidades de facilitar a solução do problema do transporte e dos fretes” e do mercado consumidor¹³.

Nesse mesmo contexto, para a exploração econômica da América, *direcionada ao mercado externo*, havia uma exigência de um *vultoso investimento inicial*, ponto essencial para a *origem discriminatória e desigual da estrutura social* nas colônias. Isto é, o sistema econômico açucareiro nas Capitanias Hereditárias só interessava aos Donatários bem-nascidos que já possuíam capital antes mesmo de iniciar os trabalhos na Colônia¹⁴.

Por outro lado, o direcionamento da empresa colonial ao mercado externo e a necessidade de uma produção vultosa se baseia na imprescindibilidade de mão de obra abundante. Como os indígenas aqui ainda mantinham uma comunidade primitiva íntegra (no sentido de exitosa), não possuíam a aptidão necessária para a produção capitalista. O uso do braço escravo foi a solução encontrada pelos colonizadores para concretizar seus intentos comerciais.

De acordo com Nelson Werneck Sodré, havia uma incompatibilidade da organização social rudimentar dos indígenas com o regime escravista instaurado pelos colonizadores. Provavelmente, em virtude do clima ameno e da fartura perene de alimentos, os nativos brasileiros não tinham a necessidade de produzir excedentes, nem de trocar a produção. A estrutura socioeconômica dos índios não assimilava a cultura escravista, tendo sido esse o principal motivo da dizimação indígena e da fuga para o interior¹⁵.

Apesar de a legislação da época, composta pela Carta de Doação e do Foral (1534) e pelo Regimento de Tomé de Sousa (1548), demonstrar que Portugal planejou uma organização feudal para as terras americanas, o feudalismo nunca foi o sistema manifestado em nosso continente, pois não houve um isolamento e uma produção autopoietica, isto é, a produção colonial direcionava-se exclusivamente ao mercado externo.

¹³ *Ibidem*, p. 63.

¹⁴ Há uma discriminação pelo investimento inicial, dos donatários dos demais senhores, que **impossibilita a participação de elementos metropolitanos habituados ao trabalho**. Segue-se a discriminação na distribuição da terra. Acentua-se, depois, a discriminação pelo privilégio de montar engenho, a que se junta a da capacidade para operá-lo. **Desse conjunto de fatores decorrerá uma sociedade aristocrática, em que os valores do trabalho serão amesquinados porque desclassificam** (grifos da mestrandia). *Ibidem*, p. 72.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 4 e 5.

Em nossa história econômica, pulou-se a fase da produção, passando logo de imediato para a fase do comércio exterior. Porém, não um comércio exterior nos moldes atuais, mas num modelo que apenas beneficiava agentes externos que não buscavam o desenvolvimento do Brasil.

A formação do latifúndio é consequência natural da sociedade escravista, cujo fundamento ideológico está no maniqueísmo entre trabalho físico, dos escravos, e trabalho intelectual, dos homens livres. Há a expulsão dos pequenos produtores e a apropriação das terras. O camponês livre é esmagado por esta organização, sem condições de competir.

A priori, toda atividade econômica praticada no território brasileiro era a favor do desenvolvimento de Portugal. No entanto, ironicamente, apesar de o objetivo da Metrópole ter sido inicialmente multiplicar o capital comercial português, o desenvolvimento da empresa das grandes navegações (controlada pela Inglaterra) tornou-se responsável por um fluxo que esvaiu o capital comercial metropolitano. Havia algo não compreendido na época. O valor agregado dos diferentes produtos comercializados no mercado global da época colocou o açúcar como o menos lucrativo. O tráfico de escravos africanos tornou-se muito mais rentável! Portanto, tendo sido totalmente transferido para os holandeses e ingleses¹⁶, causou o desmantelamento da economia portuguesa.

É interessante notar que o Brasil, nesta época, era destituído de espírito de povo. Os colonos que aqui habitavam defendiam apenas seus interesses particulares e quando muito os interesses da Coroa Portuguesa, muitas vezes, submetidos aos das potências comerciais em ascensão. Foi nesta época que se impôs em nosso território o flagelo da escravidão que beneficiava apenas alguns poucos países europeus.

No âmbito econômico, a escravidão se tratava de uma eficiente forma de subjugar a balança comercial brasileira, exportadora da cana de açúcar e importadora de escravos e manufaturados.

Em 1580, Portugal ainda enfrenta outra dificuldade na política externa: passa ao domínio espanhol. Quanto à produção de açúcar nas Américas, não há mudança substancial. Entretanto, acerca da *circulação* desta mercadoria, a situação alterou-se em demasia.

¹⁶ Mesmo quando os próprios portugueses empreendiam o negócio negreiro, usavam a indústria naval inglesa em franca ascensão.

Embora Portugal e Holanda tivessem uma boa relação e convivessem na distribuição do açúcar para a Europa, a Espanha era grande competidora em relação aos interesses batavos. Houve, portanto, por parte dos espanhóis, uma restrição da exploração colonial brasileira, a qual passou ao monopólio espanhol.

A Holanda respondeu com violência, primeiramente, apossando-se da área produtora e, em seguida, montando sua própria área produtora colonial.

As manufaturas produzidas em alguns países do continente europeu eram exportadas por preços muito superiores ao do açúcar, permitindo uma rápida acumulação de capital. Sendo assim, o fluxo capitalista das grandes navegações foi aos poucos direcionado para Inglaterra e Holanda, tornando-os as principais potências econômicas da época¹⁷.

É possível concluir, desses processos históricos, que o período colonial brasileiro foi responsável por um déficit no desenvolvimento nacional. Isto é, apesar de terem sido construídas células da economia açucareira em nosso solo, isso em nada contribuiu para a efetivação do Desenvolvimento, no sentido atual do termo. Os nativos e os habitantes da Colônia não se beneficiavam com a formação do comércio. A sociedade brasileira serviu apenas de instrumento para o desenvolvimento de outros povos.

Apesar disso, em termos econômicos, surgiu em solo brasileiro um peculiar mercado consumidor em virtude da chegada de colonos e escravos. Os índios não assimilavam esse papel. A população que se criou no Brasil Colonial passou a integrar o sistema econômico mundial¹⁸.

Eis as raízes do subdesenvolvimento brasileiro que se espalha em todos os seus setores econômicos da atualidade, inclusive o da infraestrutura ferroviária. Sem uma balança comercial favorável nem o interesse político de tornar mais aprazível a qualidade de vida em território nacional, o Brasil foi empurrado para uma posição submissa na

¹⁷ **A Inglaterra obteve assim o fornecimento, até 1743, de 4.800 negros por ano à América espanhola.** Isto lhe serviu, ao mesmo tempo, para cobrir com um véu artificial as proezas de seu contrabando. **Foi o tráfico negreiro que estabeleceu os fundamentos da grandeza de Liverpool;** para esta cidade ortodoxa o tráfico de carne humana constituiu todo o método de acumulação primitiva. E até os nossos dias as notabilidades de Liverpool cantavam as virtudes específicas do comércio de escravos ‘que desenvolve o espírito de empresa até a paixão, forma marinheiros incomparáveis e proporciona dinheiro enormemente’ (grifos da mestrandia). MARX, Karl. **Le Capital**, Paris, 1949, pág. 305, IV.

¹⁸ O braço escravo foi, no nosso continente, colocado no trabalho para criar uma corrente de mercadorias que se destinava aos mercados europeus. A América, enriquecida por sua vez pelo trabalho escravo, criou mais adiante o seu próprio mercado interno e se transformou em excelente consumidora da produção europeia. Foi este um processo capitalista cuja veracidade histórica é hoje aceita por historiadores e economistas, os primeiros entre eles os da Inglaterra e dos Estados Unidos. BAGÚ, Sérgio. **Economia de la sociedad colonial** – Ensayo de historia comparada de America Latina, Buenos Aires, 1949, pág. 36.

divisão internacional do trabalho, exportando matéria prima por um baixo custo e importando os produtos fornecidos pelas grandes potências econômicas a preços superiores, com pouca possibilidade de virar este jogo em virtude da inexistência de acúmulo de capital que seria investido em novas tecnologias ou na diversificação das atividades econômicas.

Além disso, a alta concentração de poder econômico na mão dos grandes grupos econômicos também está fielmente refletida no sistema ferroviário, o qual tem suas raízes na capital acumulado pelas oligarquias do café, mantendo o desenho tradicional de muitos outros setores.

A primeira Constituição Brasileira, a imperial de 1824, refletiu apenas a realidade de um país sem um espírito de povo nem o sentimento de uma nação. Reproduziu ideias liberais (tidas, na época, como economicamente neutras) vindas da Metrópole e demais potências europeias e que apenas cooperavam com a manutenção do *status quo* de submissão internacional. A suposta neutralidade social produziu a apatia constitucional conveniente ao surgimento da escravidão¹⁹.

Além de o processo econômico ter sido o responsável por uma transformação prejudicial na estrutura social brasileira, ocorreu uma evasão de riqueza (de agentes de produção, de bens e de capital cessante), a qual, ao invés de ajudar no Desenvolvimento interno e na ampliação da efetivação dos direitos humanos dos brasileiros, realizou exatamente o contrário, solidificando no mundo o esquema centro/periferia de funcionalidade²⁰.

¹⁹ (...) não poderia existir, no Brasil, um modo escravista de produção se relações socioeconômicas escravistas não encontrassem seu correlato em um Estado estruturalmente escravista porque ‘a reprodução das relações de produção escravistas, em qualquer formação social, só é possível se aí existir um Estado escravista’. Quando se afirma que a Constituição do Império do Brasil, de 1824, era uma carta influenciada pelo Liberalismo inglês, poder-se-ia imaginar alguma contradição entre uma constituição liberal constituindo a estrutura de um Estado escravista, o que fica rapidamente dissipado quando se avalia como a ideologia constitucionalmente adotada se resignificou perante a formação social brasileira e a reproduziu no esquema centro/periferia de funcionalidade. CASTRO, Matheus Felipe; MEZZAROBBA, Orides, **História ideológica e econômica das constituições brasileiras**, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 27.

²⁰ A escravidão americana foi o mais extraordinário motor que teve a acumulação do capital comercial europeu e este, por sua vez, a pedra fundamental sobre a qual se construiu o gigantesco capital industrial dos tempos contemporâneos – o capital industrial que, necessitado como esteve cedo de produtores e consumidores livres, atacou, desde o século XIX, a instituição da escravidão como funesta aos seus propósitos. Indiretamente, pois, **a escravidão do índio e do negro tornou-se indispensável para que, mediante um secular processo de acumulação capitalista, a Europa ocidental pudesse ter indústrias modernas e os Estados Unidos alcançassem, no século XIX, seu espetacular desenvolvimento econômico** (grifos da mestrandia). BAGÚ, Sérgio. **Economia de la sociedad colonial** – Ensayo de historia comparada de America Latina, Buenos Aires, 1949, pág. 36.

As pressões sociais – decorrentes tanto da degradação do escravo (força motriz do sistema) quanto dos camponeses e artífices (que suportavam a carga militar e o ônus dos impostos) –, além da necessidade de inovações técnicas, incompatíveis com a falta de estímulos à mão de obra, tornaram a escravidão insuficiente ao modo capitalista de produção. A Inglaterra também exerceu forte influência para a libertação dos escravos. Havia a necessidade da formação de um mercado consumidor forte para suas manufaturas e a libertação apenas dos escravos nas colônias inglesas das Antilhas faria com que os custos de produção do açúcar brasileiro levassem vantagem sobre os do antilhano.

Apesar da libertação, os escravos viraram peões e a profunda discrepância social persistiu.

No período que se estende da proclamação da República, em 1889, até o Estado Novo (1930), principalmente, o governo dos presidentes civis a partir de 1894 eram ligados à elite agrária do país. Estes presidentes implementaram políticas que beneficiaram o setor agrário, principalmente, os fazendeiros de café do oeste paulista. Tratava-se de uma forte intervenção do grupo econômico dominante na época no Estado, a qual ensejava a aniquilação de eventuais finalidades econômicas comuns. Com um ordenamento jurídico aberto e liberal, o poder econômico tinha campo livre na política. Silenciando sobre os limites e direcionamentos econômicos a seres seguidos pelo país, a Constituição abria espaço normativo para o poder econômico²¹.

A maioria dos presidentes desta época eram políticos de Minas Gerais e São Paulo. Estes dois estados eram os mais ricos da nação e, por isso, dominavam o cenário político da república. Saídos das elites mineiras e paulistas, os presidentes acabavam favorecendo o setor agrícola, principalmente do café (paulista) e do leite (mineiro). A política do café-com-leite sofreu duras críticas de empresários ligados à indústria, que estava em expansão neste período.

²¹ Sobre a captura do Poder Político pelo Econômico, discorre Streck: (...) o Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores, fundo esse que, em 1966, *custou a estabilidade no emprego para milhões de brasileiros!* Exemplo disso é que, enquanto os reais detentores/destinatários do dinheiro do FGTS não têm onde morar (ou se moram, moram em favelas ou bairros distantes), nossas classes médio-superiores obtiveram financiamentos (a juros subsidiados) do Banco Nacional de Habitação (*sic*) – depositário dos recolhimentos do FGTS – para construir casas e apartamentos na cidade e na praia... Isso para dizer o mínimo! STRECK, Lenio Luiz, **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 61 e 62.

Se por um lado a política do café-com-leite privilegiou e favoreceu o crescimento da agricultura e da pecuária na região Sudeste, por outro, acabou provocando um abandono das outras regiões do país. As regiões Nordeste, Norte e Centro-Oeste ganharam pouca atenção destes políticos e tiveram seus problemas sociais agravados.

O chamado Convênio de Taubaté foi um acordo firmado entre governo republicano e cafeicultores em momentos de crise. Quando o preço do café abaixava muito, o governo federal comprava o excedente de café, mediante o financiamento de empréstimos externos, e estocava. Esperava-se a alta do preço do café e então os estoques eram liberados. Esta política mantinha o preço do café, principal produto de exportação, sempre em alta, enriquecendo os fazendeiros de café de São Paulo.

Foi nesse contexto que as linhas férreas começaram a ser traçadas para servir aos fins do escoamento do café. O capital altamente concentrado na mão de poucos oligarcas, transformou-se em mola propulsora dos trilhos. O Estado também dispendeu muito nas origens desse setor, mas sempre em prol dos grandes agentes econômicos decorrentes do mercado do café.

Com o Estado Novo e Getúlio Vargas, no entanto, o país saiu de uma economia precipuamente rural e iniciou-se no movimento industrial. Para isso, o Estado tomou as rédeas das indústrias de base, já que a iniciativa privada ainda se ocupava apenas com o campo.

Nesse sentido, criou-se, em 1934, o Departamento Nacional de Produção Mineral e, em seguida, o Conselho Nacional de Petróleo, a Companhia Siderúrgica Nacional e a Mineradora Vale do Rio Doce.

Assim, a origem do desenvolvimento econômico-industrial brasileiro obedeceu ao modelo de Estado Intervencionista Social, o qual cuidava tanto dos serviços públicos essenciais quanto das atividades econômicas. Por isso, a proliferação de empresas estatais incumbidas do funcionamento de setores econômicos precipuamente privados.

Com o Plano de Metas idealizado no governo de Juscelino Kubitschek, o Estado tomou para si algumas outras áreas ainda muito deficitárias no Brasil, as quais serviriam de pressuposto para o nascimento de um mercado econômico forte: a infraestrutura em transporte, energia, os alimentos, as indústrias de base e a educação.

O presidente Kubitschek também foi o responsável pela abertura das indústrias de base ao investimento estrangeiro, o que gerou, em 1958, uma crise inflacionária que se agravou com o Regime de Exceção de 1964, tendo em vista que, nesse período, não havia preocupação com a sustentabilidade do desenvolvimento econômico.

Com isso, alguns problemas sobressaíram do modelo intervencionista social, entre eles: a exaustão financeira do Erário, a insuficiência da infraestrutura e o desvio da finalidade pública, grandes obstáculos para o alcance da eficiência na disponibilização de serviços e bens públicos e a concreção do Estado de Bem-Estar Social. Lenio Streck destaca que o problema do desequilíbrio financeiro vem se acumulando desde a década de 60:

Os problemas de caixa do *Welfare State* já estão presentes na década de 1960, quando os primeiros sinais de que receitas e despesas estão em descompasso, estas superando aquelas, são percebidos. Os anos 70 irão aprofundá-la, na medida em que o aumento da atividade estatal e a crise econômica mundial implicam um acréscimo ainda maior de gastos, o que implicará o crescimento do *deficit* público. Muitas das situações transitórias, para a solução das quais o modelo fora elaborado, passaram, dadas as conjunturas internacionais, a ser permanentes – o caso do desemprego nos países centrais exemplifica caracteristicamente este fato²².

A partir do final da década de 80, vivenciou-se a chamada Reforma do Estado Brasileiro, que tentou solucionar os problemas históricos da economia brasileira. Diante do impasse, surgiram visões fundamentalistas defendendo uma total privatização das atividades econômicas da nação.

A ideia de privatização, carro chefe das políticas neoliberais, objetiva a redução do déficit fiscal, aplicando para tal o receituário do Consenso de Washington. Os cortes incidem sobre gastos sociais, seguidos de compulsiva venda de patrimônio público a preços desvalorizados. Nesse sentido, o Brasil representa um contundente exemplo (venda da Vale do Rio Doce, Usiminas, entre tantas outras empresas públicas)²³.

A Constituição Democrática de 1988 optou, no entanto, por um modelo estatal predominantemente regulador, conforme demonstram seus artigos 173 e 174²⁴.

²² *Ibid.*, p. 58.

²³ *Ibid.*, p. 60.

²⁴ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
(...)

As disposições constitucionais, entretanto, não foram suficientes para criar uma solução definitiva para a questão. Os “imperativos de segurança nacional” e “relevante interesse coletivo” são conceitos abertos, por essência. Da mesma forma, também é imprecisa a diferenciação de serviços públicos e atividades econômicas.

Destarte, surge a polêmica discussão sobre quais seriam as atividades cuja intervenção estatal far-se-á necessária e eficaz. O ápice desse imbróglio se encontra no rol do artigo 21 de nossa Lei Maior que indica várias atividades socioeconômicas de competência da União, intercalando serviços públicos essenciais e atividades tipicamente econômicas, sendo exemplos: o serviço postal, a energia elétrica, os transportes aéreo, terrestre e aquático, os serviços de telecomunicações, o sistema de radiodifusão, entre outros. Este tema será abordado de forma mais detalhada no tópico 5.1.

Muitos doutrinadores se referem à história econômica brasileira, referindo-se a um passado de intervenção estatal inteiramente prejudicial ao desenvolvimento nacional. No entanto, faz-se necessário distinguir os vários tipos de intervenção estatal que o país passou. Isto é, não se pode confundir a intervenção da metrópole no período do Brasil-Colônia, a atuação imperial no Brasil-Império, a da República Velha, a do Estado Novo, a da Ditadura Militar com a intervenção estatal dos tempos atuais. Cada intervenção estatal possui seus objetivos, alguns totalmente díspares do interesse social, outros mais aproximados.

Além disso, os dispêndios do Estado na primeira década do século XX beneficiaram muito mais o poder político concentrado e consolidado desde os primórdios coloniais do que as classes trabalhadoras. Nessa linha, destaca Lenio Streck:

(...) o processo de crescimento do Estado não beneficiou unicamente as classes trabalhadoras com o asseguramento de determinados direitos. A atuação estatal em muitos setores significou também a possibilidade de investimentos em estruturas básicas alavancadoras do processo produtivo industrial – pense-se, aqui, por exemplo, na construção de usinas hidrelétricas, estradas, financiamentos, etc²⁵.

Nossa constituição promulgada em 1988 trouxe, para o âmbito econômico, uma flexibilidade sem precedentes entre suas antecessoras, ao mesmo tempo respeitando a

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

²⁵ *Ibid.*, p. 55.

Livre Iniciativa e Concorrência e possibilitando um planejamento e uma prospecção de desenvolvimento que une o país em direção a fins sociais, o que é imprescindível se pretendermos superar a situação de subdesenvolvimento, forjada externamente, desde nossas origens coloniais, pela divisão internacional do trabalho.

Todos os princípios de organização livre e democrática do Poder e da Sociedade foram postos ali [na Constituição de 1988] à disposição da cidadania, em maior ou menor escala. Por exemplo, de forma um tanto mista e híbrida, a livre iniciativa e a intervenção no domínio econômico. De tal maneira que as políticas do governo, fora dos quadros da rigidez ideológica, se orientam e se formulam ora num sentido, ora noutro, sempre ao livre alvedrio das opções democráticas²⁶.

Com essa breve revisão da evolução histórica da ordem econômica brasileira, é possível concluir que o uso do orçamento para os fins de desenvolvimento nacional não é meramente uma opção política. Trata-se de um pressuposto para a concretização dos anseios nacionais em livrar-se do estigma do subdesenvolvimento.

Para Fábio Konder Comparato, é possível que a busca pela efetivação dos objetivos fundamentais da República exija um pouco mais do orçamento, sendo “ridículo” sustentar que esta norma pode ser afastada perante a aplicação de regras infraconstitucionais de equilíbrio orçamentário.

Quando a Constituição dispõe que a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, é objetivo fundamental da República, seria ridículo sustentar que essa norma constitui mera exortação aos Poderes Públicos, podendo, portanto, ser afastada perante a aplicação das regras de nível infraconstitucional, como aquelas referentes ao equilíbrio orçamentário, enunciadas na mal-denominada Lei de Responsabilidade Fiscal²⁷.

Porquanto, sem o direcionamento e o planejamento setorial estatal, seria impossível suprir a demanda das empresas nacionais por infraestrutura. No entanto, é

²⁶ BONAVIDES, Paulo, Qual a ideologia da constituição?, in: CASTRO, Matheus Felipe de; MEZZAROBBA, Orides (Orgs.), **História Ideológica e Econômica das Constituições Brasileiras**, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. XIV.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder, O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, in: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.), **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 246.

preciso agir com parcimônia na alocação dos recursos, pois a história colonial de nosso país fez com que o acúmulo de capital necessário aos investimentos nos diversos setores indispensáveis ao desenvolvimento fosse insuficiente.

3. O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Neste tópico, procura-se esclarecer a noção de desenvolvimento nacional de acordo com a Constituição e os percalços a que países em vias de desenvolvimento estão submetidos para escapar do estigma do subdesenvolvimento e livrar-se da posição de submissão na divisão internacional do trabalho, com o fim último de enriquecer o país, concretizando mais direitos e o bem-estar social.

A definição de desenvolvimento para economistas e juristas é menos problemática do que a questão de quais meios seriam os adequados para se chegar a este desenvolvimento. Este último tema é importunado pelo tecido da ideologia, como explica Henrique Emanuel G. Pedrosa:

A ideologia corresponde a diferentes entendimentos sobre vasta gama de dados sociais e políticos, preexistentes aos ordenamentos jurídicos, capazes de oferecer elementos díspares para interpretações idôneas e respeitáveis. A doutrina, em geral, não aparenta familiaridade com esta questão, característica provavelmente oriunda da tradicional visão dogmática que pretende neutralidade científica e estabelecimento de verdades absolutas, correspondentes não por um acaso com uma determinada visão de mundo, na verdade sempre política²⁸.

Em primeiro lugar, afasta-se o pensamento neoclássico de que a autorregulação do mercado seria capaz, por si, de promover o desenvolvimento do país, principalmente no caso de setores, como o Ferroviário, em que o Poder Econômico já está concentrado, por razões históricas. As peculiaridades do ritmo do desenvolvimento de cada setor no Brasil não podem ser simploriamente analisadas de forma a impor uma desistência geral de qualquer mecanismo estatal de planejamento.

A importância de o Estado intervir concretamente para orientar o poder econômico na promoção dos direitos constitucionalmente previstos foi bem esclarecida por Paulo Lôpo Saraiva:

A essa concepção de Estado de Direito – supremo garantidor das aspirações individuais – acrescentou-se mais recentemente uma outra, qual seja, a de que ao Estado cabe não somente dispor formalmente sobre os direitos e

²⁸ PEDROSA, Henrique Emanuel Gomes, **Privatizações sob a ótica do direito privado: desigualdade contratual e fiscalização**, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 20.

garantias individuais, como também intervir normativa, administrativa e operacionalmente, visando concretamente a tutelar as prerrogativas individuais²⁹.

Por exemplo, a formação do sistema ferroviário não teria sequer começado sem os incentivos estatais concedidos no fim do séc. XIX e início do séc. XX. A melhor forma de promover o desenvolvimento é realizando uma análise concreta de cada problema, promovendo tentativas efetivas de resolvê-los, extirpando o maniqueísmo intervenção-liberalismo.

A questão a ser analisada de forma mais acurada envolve a necessidade de abertura do mercado de transporte ferroviário à livre concorrência, o que, ao mesmo tempo, demanda uma intervenção estatal para aniquilar o Poder Econômico já consolidado previamente, logo, deve-se, acima de tudo, pensar nos objetivos desenvolvimentistas que se almeja perseguir, sem preconceitos quanto ao meio utilizado – se o da intervenção estatal, se o do livre mercado –, já que nesse caso, ambos serão necessários, cada um em seu momento.

Para exemplificar essa situação, vejamos: em acurada análise histórica da industrialização mundial, Kuttner³⁰ evidencia que, no período das colônias americanas, o caminho mais fácil a um mercado periférico era o de importar as manufaturas britânicas, pois, naquele momento, seriam as melhores e mais baratas, agindo de acordo com os economistas clássicos e seu louvado mercado autorregulado. No entanto, sob a perspectiva de longo prazo, ao se deixarem levar pelo fluxo econômico, os países emergentes estariam aceitando sua posição de submissão externa, sem perspectiva de acúmulo de capital e consequentemente sem uma possibilidade de melhoramento social.

(...) sob uma perspectiva de longo prazo, os líderes da maioria dos países emergentes perceberam o fato de que seu bem-estar futuro dependeria de aprender a manufaturar produtos em casa, mesmo se isso temporariamente significasse subsídios, proteção e a renúncia à compra dos produtos mais baratos vindos da Grã-Bretanha. Isso descreve esforços de industrialização na Alemanha do século XIX (...).

²⁹ SARAIVA, Paulo Lôpo, Do estado liberal ao estado social: a obra prima de Paulo Bonavides, in: MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.), **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem à Paulo Bonavides**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

³⁰ KUTTNER, Robert, **Tudo à venda: as virtudes e os limites do mercado**, São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 269.

A intervenção estatal, frequentemente, abdicando de um equilíbrio orçamentário imediato é, muitas vezes, necessária para romper a estagnação e o ciclo do desenvolvimento.

Um dos maiores problemas existentes no estudo da Economia é o fato de que os economistas dos países em vias de desenvolvimento tendem a raciocinar por analogia, tendo como parâmetro premissas ideológicas provenientes dos estudos em países desenvolvidos. Para Streck, “a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *Welfare State* tem consequências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o Estado Social*”^{31,32}.

Arnoldo Wald, ao analisar uma análise do progresso econômico em países em vias de desenvolvimento, atenta para suas peculiaridades e dificuldades.

(...) talvez, seja essa a grande diferença entre os países já economicamente desenvolvidos e aqueles que se encontram em vias de desenvolvimento; enquanto os primeiros puderam sucessivamente tratar de sua unidade política e econômica, atender aos imperativos da revolução industrial e elevar gradativamente os seus níveis populacionais, os segundos realizam, simultaneamente, todas as grandes revoluções, políticas e econômicas, tecnológicas, demográficas e sociológicas, provocando assim um justificado traumatismo³³.

De acordo com R. Nurkse³⁴, os economistas de países desenvolvidos elaboram seus estudos pressupondo um crescimento econômico. Logo, deve haver uma diferente forma de raciocinar economicamente nos países em desenvolvimento, como o Brasil.

Para este autor, na economia de livre empresa, o processo econômico se manifesta de forma cíclica, não linear ascendente, não permitindo, assim, aos países

³¹ STRECK, **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 61.

³² Discorrendo sobre a situação dos países da América Latina, Streck: “Até o presente, nenhum de seus países, nem mesmo o Chile, foi capaz de implementar um plano global de progresso econômico e social, e tal situação não pode durar. Não se trata mais de livrar a economia de vínculos paralisantes, mas ao contrário de reintegrar a atividade econômica ao conjunto da vida social e reforçar as intervenções do poder político. O que houve (há) é um *simulacro de modernidade*. Como bem assinala Eric Hobsbawm, o Brasil é ‘um monumento à negligência social’. (...) Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas da modernidade ainda não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. *Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno*”. *Ibid.*, pp. 62 e 63.

³³ WALD, Arnoldo, O direito do desenvolvimento, in: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.), **Direito Constitucional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 223.

³⁴ Citado por FURTADO, Celso. In **Formação de Capital e Desenvolvimento Econômico**. Disponível em: http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/image/201109010910270.MD1_0_195.pdf. Visualizado em 23/06/2015.

subdesenvolvidos superarem este estigma. Ele entende que as políticas anticíclicas passaram a ser estudadas e evoluíram de simples medidas de caráter monetário para uma ação coordenada sobre os elementos dinâmicos do sistema econômico.

Interessante notar que Nurkse esclarece que, mesmo para um economista de análise clássica como Schumpeter, o “estancamento automático”, gerado pelo fluxo circular inerente aos mercados, existente no processo econômico, não pode ser confundido com o Desenvolvimento, dado que este seria um estado de mudança, alteração do equilíbrio³⁵. Schumpeter, no entanto, acreditava que seria o empresário o responsável por romper o equilíbrio cíclico através de inovações (*nova combinação*).

Celso Furtado, considerando a teoria schumpeteriana, revista por Nurkse, elaborou os seguintes questionamentos: e que fatores contribuem para que exista uma classe de empresários inovadores em nossa sociedade? Por que têm essa função social determinados indivíduos?

Ao invés de considerar o empresário como fonte do desenvolvimento, busca uma nova ideia para explicar a passagem do estado de equilíbrio para o de desenvolvimento.

Para uma economia subdesenvolvida, começar um processo de desenvolvimento com seus próprios recursos e pela ação espontânea de seus próprios empresários é, para usar uma frase corrente, como levantar-se pelos próprios cabelos³⁶.

Partindo do pressuposto de que a raiz do atraso econômico está na má alocação dos recursos, Celso Furtado desenvolve seu estudo sobre o subdesenvolvimento, conceituando este como a subutilização de fatores de produção em virtude da má combinação ou escassez dos demais. Por isso, acredita que, em uma economia idealmente desenvolvida, não há desocupação de fatores, só sendo possível aumentar sua produtividade ao introduzir novas técnicas (novos conhecimentos científicos aplicados). Para ele, o subdesenvolvimento mais comum é aquele que resulta da escassez de capital. Por causa dele, se subutiliza o fator mão de obra. O capital é o trabalho realizado no passado e cujo fruto não foi consumido.

Traz, então, a conclusão de que há um ciclo inerente ao subdesenvolvimento.

³⁵ SCHUMPETER, Joseph A. **The theory of economic development**. Harvard University Press, 1951, p. 64.

³⁶ FURTADO, Celso. In **Formação de Capital e Desenvolvimento Econômico**. Disponível em: http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/image/201109010910270.MD1_0_195.pdf. Visto em 23/06/2015. P. 203.

(...) o trabalho é mal utilizado hoje porque o fruto do trabalho realizado ontem foi totalmente consumido. Esse círculo vicioso (...), nas economias mais rudimentares quase sempre é quebrado pela ação de fatores externos³⁷.

É impossível não visualizar a história brasileira enquadrada nesta hipótese. Assim como idealizado por Furtado, a economia do Brasil passou por grandes períodos de fuga de capital e demais fatores de produção para o Exterior ou até mesmo situações em que os fatores de produção daqui se uniam para produzirem riquezas usufruídas exclusivamente por economias alienígenas, causando a subutilização dos fatores remanescentes como a terra. Para o economista, um caminho para o desenvolvimento seria a abertura ao mercado exterior.

Esta solução, no entanto, também é bastante criticada por alguns economistas³⁸ que questionam a relação efetiva entre o crescimento de uma país e a abertura de seu mercado.

Para Robert Wade, os economistas, após a Primeira Guerra Mundial, transferiram equivocadamente o foco da Teoria do Desenvolvimento do *acúmulo de capital* para a *alocação eficiente de recursos*. Assim, passaram a encarar a abertura do mercado como saída viável ao crescimento econômico, já que dava novo arranjo aos fatores de produção existentes acrescentando um novo mercado exterior.

Para Wade, em qualquer condição de demanda mundial, a correlação entre um mercado voltado para o Exterior e um crescimento econômico é mais frágil nos casos de países pobres do que de países ricos. Ele analisa as proposições de economistas acerca da relação entre crescimento econômico e abertura de mercado e conclui não ter havido pesquisa mais aprofundada a respeito. Por exemplo, verifica que o Relatório de Desenvolvimento Mundial de 1987 elaborado pelo Banco Mundial, ao concluir que países com abertura econômica mais intensa nos períodos de 1963-1973 e 1973-1985 obtiveram maior crescimento econômico do que os com menor abertura, considerou como fortemente abertos apenas a Coreia, Hong Kong e Singapura, todos do Leste Asiático,

³⁷ FURTADO, Celso. In **Formação de Capital e Desenvolvimento Econômico**. Disponível em: http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/image/201109010910270.MD1_0_195.pdf. Visto em 23/06/2015. p. 207.

³⁸ WADE, Robert, **Governing the Market With a new introduction by the author**, Oxford: Princeton University Press, [s.d.].

fato que traria a possibilidade de que as causas do excepcional desempenho macroeconômico poderia ter mais relação com a região do que com o regime de comércio.

A visão que perpassará este trabalho aproxima-se das perspectivas desenvolvimentista e estruturalista, mas não se restringe a elas. Ao analisar desde as origens do desmantelamento do setor ferroviário até as perspectivas de mudança e desenvolvimento dele, a autora tenta manter uma perspectiva ampla da noção de desenvolvimento. Uma postura economicista que tenta se afastar de visões extremadas.

Em países subdesenvolvidos, o Estado tem o papel fundamental de desenhar os rumos de um desenvolvimento futuro a longo prazo e, para isso, não pode se restringir a equilíbrios orçamentários imediatos. Para Arnoldo Wald, “não há dúvida de que o progresso pressupõe, no mínimo, duas atividades propulsoras que são complementares entre si: a intervenção do Estado e a participação ativa da população”³⁹.

Opõe-se à política meramente monetarista atribuída ao Fundo Monetário Internacional e às orientações do Consenso de Washington, tendentes a contrair os gastos nacionais e liberalizar o sistema econômico, por meio de decisões como as seguintes: redução do déficit fiscal, principalmente mediante a limitação do gasto público e o aumento de tarifas em serviços públicos deficitários, contenção da expansão monetária e creditícia, adequando-a às necessidades reais do aumento da atividade econômica, desvalorização substancial da taxa de câmbio e atenuação das restrições tarifárias e não-tarifárias ao comércio exterior, extinção do controle de preços de diversos produtos de primeira necessidade, diminuição ou adiamento dos reajustes das remunerações do trabalho.

Não desconsidera, no entanto, a importância dessas medidas para a economia nacional. Porém, trabalha com um espectro mais amplo de ações e omissões estatais em prol do desenvolvimento. Amartya Sen, de forma lúcida, traduz a relevância da cautela financeira de um Estado.

O argumento em favor do comedimento financeiro fundamenta-se, em grande medida, no reconhecimento de que a estabilidade de preços é importante e que ela pode ser seriamente ameaçada pela complacência e irresponsabilidade fiscal⁴⁰.

³⁹ WALD, O direito do desenvolvimento, p. 223.

⁴⁰ SEN, Amartya, **Desenvolvimento como liberdade**, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 184.

Apesar disso, pensar o desenvolvimento de um país restringindo-se apenas ao balanço financeiro, parece simplista e pouco eficiente. Sen explica que “um Estado *pode* continuar a gastar mais do que ganha, por meio de empréstimos e outros expedientes. Na verdade, quase todo Estado faz isso, quase o tempo todo”⁴¹.

Para o estruturalismo, tais políticas de estabilização monetaristas conduziram à desaceleração do crescimento e ao aumento do desemprego, obtendo apenas êxitos temporários, deixando de lado as características e problemas de estrutura que emolduram e condicionam a gestão econômica do governo⁴².

Enquadram-se na corrente estruturalista sobre o desenvolvimento economistas de orientação crítica como Prebisch (1949), Furtado (1961), Singer (1971) e os demais autores da tradição cepalina e marxista, assim como grande parte dos chamados economistas do desenvolvimento.

Toma-se por fundamentos da noção de desenvolvimento o conjunto de bases informacionais descrito por Amartya Sen, em seu livro “Desenvolvimento como Liberdade” que se opõe a visões mais restritas, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. Acima de tudo, o desenvolvimento deve promover a liberdade no sentido substancial deste termo.

Ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, em vez de restringi-la a alguns dos meios que, *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo⁴³.

A análise das chamadas bases informacionais nos auxilia a entender o desenvolvimento como um fenômeno plural que não se restringe ao crescimento econômico, pois deve abranger também a busca por melhores índices de qualidade de vida, educação, acessibilidade, bem como infraestrutura (objeto central deste estudo). De acordo com Wald, seguindo o raciocínio de Sen, o sistema democrático de cada país é que auxilia nas escolhas estatais rumo ao progresso:

⁴¹ *Ibid.*

⁴² RODRÍGUEZ, Octavio, **O estruturalismo latino-americano**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 169–172.

⁴³ SEN, **Desenvolvimento como liberdade**, p. 16.

Nos países democráticos, em que a economia está predominantemente nas mãos dos particulares, o planejamento, não sendo autoritário, pois depende da colaboração das forças econômicas, se apresenta como o fruto de um verdadeiro diálogo construtivo, entre o Poder Público e a população⁴⁴.

Nessa linha de raciocínio, Sen esclarece as dificuldades da visão monetarista no processo de desenvolvimento:

A necessidade do comedimento financeiro, ainda que importante, encaixa-se nesse quadro diversificado e amplo, e não pode sustentar-se sozinha – isoladamente – como o compromisso do governo ou do banco central. A necessidade do exame atento e da avaliação comparativa de campos alternativos do dispêndio público é absolutamente crucial⁴⁵.

Fábio Konder Comparato lembra ainda que uma perseguição cega de um equilíbrio orçamentário gera apenas o prejuízo da efetivação de direitos sociais em benefício dos credores da dívida pública, já que esta parcela de despesa do orçamento não diminui, enquanto não houver vontade política. Questiona-se o jurista: “faz sentido, no regime constitucional brasileiro, sacrificar a saúde pública à política financeira – e, ainda por cima, uma política desastrosa, que leva o país inexoravelmente à insolvência?”⁴⁶.

Um absentéismo estatal através de políticas de austeridade poderia causar uma maléfica frenagem no crescimento e na produção de um país, o que, a longo prazo, acentuaria a necessidade de investimentos e causaria até mesmo novos endividamentos. Explica Sen:

O que se está examinando aqui é se tem sentido dar prioridade absoluta a um único objetivo, ou seja, evitar a inflação (uma prioridade formalizada por muitos bancos centrais da Europa ocidental) enquanto se toleram taxas notavelmente elevadas de desemprego. (...) a elaboração das políticas públicas na Europa tem de dar prioridade real à eliminação da privação de capacidades acarretada pelo desemprego acentuado⁴⁷.

⁴⁴ WALD, **O direito do desenvolvimento**, p. 223.

⁴⁵ SEN, **Desenvolvimento como liberdade**, p. 188.

⁴⁶ COMPARATO, O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, p. 258.

⁴⁷ SEN, **Desenvolvimento como liberdade**.

Para a consecução dessa pluralidade infinda de finalidades, o Estado do século XXI tem enfrentado o problema do endividamento público, o que demanda dele um esforço eficaz de alocação planejada dos recursos escassos. Nessa mesma linha de pensamento, escreveu José Orlando Ribeiro Rosário que “o planejamento do Estado, no orçamento e a devida alocação dos recursos públicos para a promoção dos mandamentos constitucionais atinentes aos direitos sociais é uma necessidade”⁴⁸.

Há duas principais formas de um Estado financiar suas despesas: por meio de impostos e por meio de dívidas.

Para Thomas Piketty, o mecanismo mais justo para o ajuste de contas de um Estado seria a tributação por meio de um imposto progressivo, considerando que o uso da inflação ou de políticas de austeridade em demasia podem causar efeitos colaterais graves como a intensificação da desigualdade entre ricos e pobres ou uma desaceleração do crescimento, muitas vezes associada a perdas de liberdades substanciais⁴⁹.

No entanto, o autor supramencionado reconhece a existência de uma dificuldade comum aos países na criação e adequada regulamentação deste imposto, bem perceptível, atualmente, no Brasil. Por isso, os governos muitas vezes fazem uso de políticas inflacionárias e de enxugamento de gastos que apenas beneficiam os credores da dívida pública com o pagamento de juros durante muito mais tempo, além de prejudicar a população em geral com baixas taxas de crescimento e injustiça social.

Este estudo analisará os problemas do setor de infraestrutura ferroviária por meio dessas bases desenvolvimentistas. Sempre considerando que a malha ferroviária de um país representa bem mais do que, gastos vultosos à máquina pública, mas trata-se de elemento imprescindível à produção, ao crescimento e ao desenvolvimento nacional.

Por último, a análise do conceito de desenvolvimento sob a ótica de um país latino-americano com todas as características de subdesenvolvimento correspondentes, não pode deixar de observar o aspecto da *integração nacional* dos meios de produção que desenha não apenas nosso ordenamento econômico como a geografia social.

⁴⁸ DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira; ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro, **O controle orçamentário como mecanismo de concretização dos direitos sociais no Brasil**, disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2e30b27a08f1f6f5>>, p. 5.

⁴⁹ PIKETTY, Thomas, **O capital no século XXI**, 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 526–527.

4. ESPÉCIES DE ATIVIDADES ECONÔMICAS DA NAÇÃO

Este estudo busca solucionar os dilemas enfrentados pela infraestrutura econômica nacional – com ênfase no setor ferroviário – analisando a higidez concorrencial do setor e propondo a utilização dos instrumentos de controle criados por nossa moderna Legislação Antitruste (Lei 12.529/12).

O tema central deste estudo é o Subsistema Ferroviário, atualmente exercido por meio de concessionárias orientadas pelo poder regulatório estatal. Para se entender o regime jurídico que permeia esta atividade é indispensável que se delineie a natureza jurídico-constitucional dessa função: se serviço público ou atividade econômica.

Para Marco Aurélio Grecco⁵⁰, “só haverá verdadeira concessão se (logicamente) antes houver um serviço público. Só se pode conceder algo existente”. Portanto, mister se faz que fixemos, à luz da doutrina, o conceito de serviço público. O serviço de transporte ferroviário está previsto constitucionalmente como atividade a ser desempenhada pela União, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território.

Na verdade, a Doutrina brasileira não entra em acordo no que diz respeito à natureza das atividades arroladas no art. 21, da Constituição da República Federativa do Brasil, despontando três diferentes correntes de pensamento: a primeira, tratando-as todas como serviços públicos; a segunda, considerando-as atividades econômicas sob o regime de monopólio estatal⁵¹, e, uma última, considerando-as meras atividades econômicas nas quais à União compete atuar em patamar de igualdade com outras empresas privadas⁵².

Fazendo uma análise de diversas classificações das atividades socioeconômicas desempenhadas na nação⁵³ – entendidas essas como as empreendidas para a efetivação

⁵⁰ GRECCO, Marco Aurélio, Aspectos da concessão de serviço público, **Revista de Direito Público da Economia**, 1972.

⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de direito administrativo**, 25a. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁵² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu, **Lições de direito econômico**, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

⁵³ *Ibid.*

do bem comum – conclui-se que elas podem ser compartimentalizadas em dois grupos, de acordo com o regime jurídico seguido: as atividades econômicas em sentido estrito, desempenhadas sob o regime de Direito Privado, regido pelo Princípio da Livre Iniciativa; e os serviços públicos, realizados sob o regime de Direito Público.

Por serviços públicos entende-se atividades prestadas para atender as necessidades do Estado ou da sociedade, sob o regime de direito público. É possível reuni-los em três grupos: as *atividades estatais típicas*, as *atividades de planejamento político* e as *atividades econômicas de utilidade pública*.

Por outro lado, entende-se por atividades econômicas as atividades típicas do mercado (produção, circulação e consumo). Aplica-se a elas o Princípio da Subsidiariedade de Intervenção Estatal, sendo, em regra, prestadas por particulares em um ambiente concorrencial. Se aplicarmos uma setorização dessas atividades tomando como critério diferenciador o maior ou menor interesse público sobre elas, estas também poderiam se dividir em dois grupos: o das *atividades econômicas de utilidade pública* e o das *atividades econômicas privadas típicas*.

Como se pode notar, as atividades econômicas de utilidade pública podem ser exercidas tanto sob o regime de serviço público quanto sob o regime de atividade econômica, dependendo de mais fatores diferenciadores para uma delimitação mais precisa. Passaremos a conceituar cada atividade socioeconômica desempenhada na nação, iniciando pelos serviços, indiscutivelmente, públicos.

As *atividades de planejamento político*, de acordo com definição dada por Leonardo Vizeu Figueiredo, são aquelas correspondentes às funções típicas dos Poderes, isto é, à produção legiferante (Casas Legislativas), à propositura, implementação e garantia de observância das políticas públicas do Estado (Chefe do Executivo) e à guarda e jurisdição constitucional (Corte de Constitucionalidade). Não há dúvida constitucional de que tais atividades serão exercidas exclusivamente pelo Estado.

Por sua vez, as *atividades estatais típicas* são a exteriorização do poder de polícia administrativa e regem-se pelo regime de direito público, exclusivamente.

Apesar de as atividades econômicas de utilidade pública também poderem ser exercidas sob o regime de direito público, travestida de serviço público, deixaremos para trata-la por último.

Dentre as atividades econômicas em sentido estrito, ainda não se pode afirmar que as *atividades privadas típicas* serão somente desempenhadas por particulares. A Constituição da República se utiliza de critérios restritos para fundamentar uma

ingerência direta do Estado nessas atividades. Tais critérios estão delineados pelas cláusulas abertas constantes do artigo 173: “imperativos da segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”. Se houver *imperativo de segurança nacional* ou *relevante interesse coletivo*, poderá o Estado intervir até mesmo em atividades privadas típicas.

No entanto, o impasse sobre a natureza do exercício se instaura no âmbito das *atividades econômicas de utilidade pública*. É interessante atentar para sua natureza híbrida. Isto é, são aquelas que podem mais facilmente ser passadas para a operacionalização pelo setor privado. Nelas, a intervenção direta estatal não se faz mandatória. No entanto, possuem grande relevância social e ficam na fronteira entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. Os que as consideram serviços públicos, o fazem muito mais devido ao seu conteúdo do que ao sujeito prestador (já que este pode ou não ser de direito público).



Figura 2 Atividades Econômicas em Sentido Estrito e Serviços Públicos

São ora regidas pelo direito público (serviços públicos) ora pelo direito privado (atividades econômicas em sentido estrito). E é nesse campo conceitual impreciso que se inserem muitas atividades do artigo 21, da CRFB, que compõem a infraestrutura estatal⁵⁴, na qual se insere o Subsistema Ferroviário.

O bom funcionamento dos serviços públicos de infraestrutura (por exemplo, de telecomunicações, energia e transportes) é indispensável para a existência de condições efetivas para a livre concorrência. Quando há dificuldades nas atividades basilares de

⁵⁴ Conceito a ser abordado adiante no item 5 sobre a Infraestrutura.

fabricao e comércio de bens, forma-se gargalos que restringem os mais variados setores da economia, obstaculizando profundamente o crescimento e o desenvolvimento de um país.

Ao tratar da concorrência em setores infraestruturais da economia, o jurista enfrenta certa resistência exatamente em virtude dessa difícil conceituação e delimitação do poder estatal. É importante atentar que, atualmente, a distinção entre os conceitos de serviço público e atividade econômica é cada vez mais tênue.

De acordo com Hely Lopes Meirelles⁵⁵, “o conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado pelos órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação formal, tendente a identifica-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito material, visando a defini-lo por seu objeto”.

Mais adiante, em seu livro, o autor reconhece que:

Realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas. Eis o nosso conceito: serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.

De acordo com a teoria clássica, de autores como Carlos Ari Sundfeld, a Constituição trabalharia com conceitos estanques e bem delimitados e, portanto, ao reservar certos campos econômicos ao Estado, excluiria o dever de observância da livre iniciativa e da livre concorrência⁵⁶.

No entanto, há autores como Eros Roberto Grau que reconhecem que o conceito de serviço público é aberto⁵⁷, considerando-o um tipo de atividade econômica *em sentido amplo*. Dessa forma, legitimar-se-ia a aplicação dos princípios da ordem econômica a estes serviços.

Conforme os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, há uma crise na noção de serviço público desencadeada pela mudança ideológica da atuação estatal, do

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 300.

⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari, O CADE e a Competição nos Serviços Públicos, **Revista Forum Administrativo**, 2001.

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na constituição de 1988**, 16a. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

modelo liberal clássico ao liberal social. Nesse contexto, o Estado tomou para si a responsabilidade por outros serviços, antes considerados *típicas atividades econômicas*, em virtude da ampliação da noção de necessidade pública⁵⁸. Para a autora, o princípio da livre concorrência deve ser a regra, de forma que as restrições regulatórias constituem exceções.

Para Toshio Mukai⁵⁹, “o conceito de serviço público, por ser um conceito indeterminado, deve ser retirado também da natureza das coisas e não somente da vontade do legislador. Não é porque o legislador tenha outorgado o título de serviço público a uma determinada atividade econômica do Estado, que automaticamente se deva considerá-la como tal”.

O Direito Comunitário reconhece a livre concorrência como princípio geral cujas restrições decorrem sempre de casos excepcionais. As atividades de utilidade pública tendem a se submeter à lógica de mercado, da empresa privada e da concorrência. No entanto, o Tratado de Roma (art. 86, 2º) permite o afastamento das regras de concorrência aos serviços de interesse geral quando puder comprometer as finalidades de interesse público. Isto é, deve-se verificar a proporcionalidade entre o sacrifício que leva ao afastamento da legislação antitruste e a finalidade almejada.

Esta pesquisa afilia-se à posição de Eros Grau (entre outros) de que a legislação antitruste deve ser aplicada até mesmo às atividades sob regime de direito público, porém também em favor das finalidades que sempre presidiram a noção de serviço público. Isto é, a legislação antitruste pode ser utilizada para a consecução dos fins sociais dos serviços públicos. Eventualmente, o alcance dessas finalidades depende da ideia global de defesa da *concorrência possível* nesses setores.

Após esta análise, é possível, no entanto, concluir que há dois regimes de serviços públicos. Há aqueles serviços em que a lógica de mercado, da empresa privada e da concorrência se adequa perfeitamente e há aqueles excepcionais em que a restrição concorrencial se faz imprescindível às exigências incontornáveis de acessibilidade econômica, universalidade, igualdade e continuidade (ex. monopólios naturais)⁶⁰.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**, 27a. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵⁹ MUKAI, Toshio, **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

⁶⁰ MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital, Desintervenção do estado e regulação de serviços públicos, **Economia e prospectiva**, v. 2, n. 3-4, p. 133–157.

Nos serviços públicos sujeitos àquele primeiro regime, da lógica de mercado, o princípio da proporcionalidade aponta para a conclusão de que se deve realizar uma Intervenção Estatal Mínima na vida privada.

Essa constatação é importante para a análise mais aprofundada do Subsistema do Transporte Ferroviário Brasileiro que compreende tanto a atividade de exploração da infraestrutura ferroviária (construção, operação, expansão, conservação, licenciamento, manutenção, monitoração e gestão da infraestrutura ferroviária) quanto a operacionalização do transporte de cargas (serviço de movimentação de mercadorias de qualquer natureza, de um ponto de origem até um ponto de destino do Subsistema Ferroviário Federal, prestado por Operador Ferroviário Independente ou concessionárias verticais) ⁶¹.

Como se verá, o transporte ferroviário tanto possui atividades com natureza de monopólio natural, em que a restrição concorrencial é mandatória, quanto atividades em que a lógica do mercado se adequa e se faz premente.

⁶¹ De acordo com o inciso XVIII e XXXIV, do art. 2º, da Resolução 4.348 de 5 de junho de 2014.

5. OS SERVIÇOS DE INFRAESTRUTURA E O PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO

A origem etimológica da palavra infraestrutura decorre da junção de “infra” e “estrutura”, sendo que “infra” significa base, interior ou inferior. No âmbito da engenharia, a infraestrutura é o alicerce que suporta a estrutura construída. Já no campo das ciências econômicas, infraestrutura é o conjunto de atividades e estruturas da economia de um país que servem de base para o desenvolvimento de outras atividades. Por exemplo, para que as empresas de um país possam exportar são necessários portos, aeroportos, rodovias e ferrovias.

Fazem parte da infraestrutura nacional todas aquelas atividades que são importantes não apenas em si, mas repercutem em toda a produção e comércio de bens, já que participa dos processos existentes entre produtor e consumidor. A disponibilidade de infraestrutura influencia diretamente a eficiência do sistema produtivo, reduzindo custos e aumentando a competitividade dos produtos, o que beneficia toda a economia de um país.

O desenvolvimento de uma nação (em seu aspecto amplo, como visto no tópico 3) demanda a existência de uma infraestrutura adequada, o que, ao mesmo tempo, exige um significativo aporte de investimentos e comprometimento orçamentário com perspectivas de longo prazo, particularmente para os países em vias de desenvolvimento, como o Brasil.

A escassez dos recursos públicos exige dos governos ainda mais competência na sua gestão com vistas a obter mais eficiência por cada investimento realizado. A insuficiência orçamentária oferece poucas alternativas, quais sejam: a abertura do mercado ou o estabelecimento de parcerias com os agentes privados.

Por outro lado, as sucessivas crises financeiras, endêmicas nos países em vias de desenvolvimento, levam a sucessivos cortes na demanda de curto prazo. No entanto, pode-se esperar que, no longo prazo, a demanda econômica por infraestrutura seja significativamente maior.

O Sistema de Transporte Ferroviário, que compõe a infraestrutura nacional, é responsável pela integração nacional, diminuição das desigualdades regionais e por aumentos e diminuição nos custos finais dos produtos e serviços. Nesta linha de raciocínio, Luiz Afonso dos Santos Senna, estudioso no tema do planejamento dos transportes, pondera que as relações de troca necessárias na atividade econômica

pressupõem a necessidade de vencer as distâncias entre os diversos pontos de interesse no território, o que resulta em esforços por parte da sociedade no sentido de criar condições para facilitar os deslocamentos:

Esse processo é consolidado, ao longo do tempo, em uma relação que cresce em complexidade entre os transportes e as formas de organização espacial. Portanto, para o funcionamento econômico e social da sociedade é necessário e fundamental um sistema de transporte adequado e eficiente⁶².

Essa necessidade de malhas de transportes adequadas também se reflete atualmente na distribuição demográfica e econômica característica de países subdesenvolvidos, como é o caso dos países latino-americanos. A dificuldade de circulação das mercadorias entre as fases de produção faz com que os agentes extratores se aproximem das indústrias e dos fornecedores, atraindo também a população, em virtude do fornecimento de empregos e renda, criando desigualdades regionais que acentuam ainda mais as mazelas das economias de Terceiro Mundo.

A concentração das atividades econômicas nos grandes centros urbanos tem acarretado estresses sociais e econômicos preocupantes e colaborado com um rápido decréscimo na qualidade de vida de suas próprias populações. O valor do espaço se torna colossal e os investimentos em infraestrutura, sempre insuficientes, excedem a capacidade de o país atender às progressivas demandas sociais.

Por outro lado, a diminuição das distâncias, proporcionada pelos progressos nas áreas das telecomunicações, da informática e dos transportes, concorre para a implementação de um processo de descentralização e reequilíbrio espacial.

As dimensões continentais do Brasil e a sua diversidade geográfica, em todos os seus aspectos revela-se como uma vantagem comparativa do país em relação à maioria das nações. Esta vantagem há de ser adequadamente aproveitada. Até mesmo a organização dos processos produtivos modernos aponta para um deslocamento progressivo no sentido da concentração para formas de produção espacialmente distribuídas. Mais uma vez, a exemplo da maioria dos países desenvolvidos (...), o Brasil tem a oportunidade de adotar uma política modernizante e socialmente mais estável. Entretanto, para realiza-la há de superar mitos e preconceitos.

⁶² SENNA, Luiz Afonso dos Santos, **Economia e Planejamento dos Transportes**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 13.

A estabilidade nacional depende da atenuação dos atuais desequilíbrios. Quanto mais tempo se retardar esse processo de integração nacional, maiores serão os prejuízos e maiores os esforços necessários para realiza-lo. A continuidade do movimento migratório em direção aos grandes centros, realimenta o processo de concentração, deteriora a qualidade de vida, agrava as tensões sociais e interregionais, além de inviabilizar um desenvolvimento econômico mais justo e harmônico. Para estanca-lo, o Estado e a Sociedade terão de descentralizar seus investimentos e iniciativas, distribuindo-os espacialmente em função das potencialidades locais.

O Subsistema Ferroviário, assim como grande parte dos setores de infraestrutura, demanda enormes custos iniciais em troca de tarifas módicas que não os cobrem a curto e médio prazo. Por isso, algumas de suas porções não suportam bem a concorrência (a exploração da infraestrutura). Tendem à formação de concentrações e monopólios, por se tratarem de economias de escala.

As origens das indústrias de infraestrutura de rede ou de escala (a ser analisadas mais adiante) seguiram a estrutura monopolista com predominância de capital estatal. Tradicionalmente, a intervenção do governo nessas atividades econômicas foi justificada para corrigir as falhas de mercado advindas da exploração monopolista⁶³. Atualmente, depois da Política de Desestatização Nacional e o consequente afastamento do Estado da administração direta deste setor, fez-se imperativa a regulação no setor.

Por isso, o surgimento das Agências Reguladoras no âmbito dessas atividades. No Brasil, a Agência Nacional de Transportes Terrestres foi criada em 2001, ou seja, em momento posterior às privatizações da malha férrea (que ocorreram na década de 90), o que causou certas deformidades nas concessões iniciais.

⁶³ SENNA, **Economia e Planejamento dos Transportes**.

5.1. O processo de desestatização e o surgimento das agências reguladoras

Paralelamente ao amadurecimento da proteção à livre iniciativa e à livre concorrência, desenrolou-se no Brasil um processo de desestatização da economia em virtude da chegada do pensamento neoclássico e da almejada abertura econômica ao capital estrangeiro engendrada neste período.

De acordo com Henrique Emanuel G. Pedrosa⁶⁴, o termo “privatização” evoca duas ordens controversas: primeiramente, alguns autores entendem este conceito em sentido restrito, significando apenas alienação, por exemplo, de empresas estatais; enquanto para outros autores o termo possui significado amplo, compreendendo alienação, concessões, permissões e outras formas de transferências de atividades para o setor privado.

Para Mukai, “privatizar significa transferir para a iniciativa privada não só o serviço público, mas também a própria empresa estatal que até então o preste”⁶⁵.

Neste trabalho, usa-se o termo “privatização” em sentido amplo, como o entendem Jaime Rodriguez-Arana, José Villar Rojas, Carlos Menem, Roberto Dromi, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Patrícia Raquel Martinez, S. Savas, Amaral Rillo dentre outros. Di Pietro considera que o conceito de “privatização” está muito mais afeto à Ciência Política e às Ciências Econômicas do que ao Direito⁶⁶.

Quando um serviço público é de titularidade e tipicidade do Poder Público, sua execução por delegação pressupõe uma concessão e/ou permissão a entidade estatal ou privada, conforme o art. 175, da CRFB:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, *diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.* (grifos da mestrandia)

A partir da redemocratização do Brasil, houve um enorme embate de opiniões em que se opunham: os chamados “entreguistas” e “nacionalistas”, decorrente ainda da antiga bipolarização da economia vivenciada mundialmente até o início da década de 90. As grandes economias mundiais possuíam regimes econômicos não apenas diferentes como

⁶⁴ PEDROSA, **Privatizações sob a ótica do direito privado: desigualdade contratual e fiscalização**, p. 106.

⁶⁵ MUKAI, **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**, p. 90.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Parcerias na administração pública**, São Paulo: Atlas, 2005, p. 11.

impossíveis de conviverem. Enquanto a política norte-americana se baseava na concessão de crédito internacional e inserção de empresas e capital a juros nos países capitalistas abertos, a União Soviética e o bloco socialista almejavam uma independência econômica estatal e uma autossuficiência.

Indissociável é uma análise econômica de nosso país contextualizada com nossa posição política mundial de país latino americano em desenvolvimento. A história das ex-colônias de exploração estão intimamente ligadas e devem ser compreendidas globalmente.

Desde suas mais remotas origens, os colonos estadunidenses estavam unidos por uma crença comum conhecida por Destino Manifesto que desencadeou, posteriormente, na adoção de várias diretrizes imperialistas sobre o mundo e, principalmente, sobre a América Latina como a Política do Big Stick e a da “América para os americanos”. Adotou-se uma política de crédito internacional, desde a Doutrina Monroe, passando pelo Big Stick, até recentemente o Consenso de Washington. Os anseios imperialistas se instrumentalizavam por meio de ousadas concessões de crédito, já que por meio da dívida, os estadunidenses asseguravam a ingerência econômica e política sobre outros países.

Exemplo de ingerência política estadunidense foi o que ocorreu com Getúlio Vargas que, enfrentou certa restrição de crédito por parte dos EUA, quando os interesses brasileiros conflitavam com os estadunidenses apesar de este presidente sequer ter adotado uma ortodoxia econômica⁶⁷.

Neste contexto de assunção de dívidas externas, a problemática dos gastos públicos começa a ocupar mais espaço no âmbito das políticas públicas dos países subdesenvolvidos, já que também repercute no adimplemento dos compromissos internacionais. Nesse cenário, surge o embate entre entreguistas⁶⁸ e nacionalistas – que seriam aqueles que se apegavam ao *status* de nacional dos meios de produção.

Neste estudo, considera-se que nacionalismo, puro e simples, é algo prejudicial, sim, pois não é razoável nos apegarmos irracionalmente à estrutura estatal apenas pelo fato de ser nacional. No entanto, a manutenção de um aparato nacional de fornecimento de bens e serviços vai muito além de simples nacionalismos. Relaciona-se à estabilidade no fornecimento de serviços que concretizam direitos fundamentais em nosso país.

⁶⁷ DUTRA FONSECA, Pedro Cezar, Nacionalismo e Economia: o segundo governo Vargas, *in*: **História Econômica do Brasil Contemporâneo**, São Paulo: Hucitec, 1997.

⁶⁸ Como ficaram conhecidos de forma pejorativa aqueles que entendem que a melhor política econômica é a do Estado Mínimo e, portanto, deixar todos os meios de produção possíveis nas mãos da iniciativa privada, para que o Estado economize.

Amartya Sen explica esse entendimento, utilizando-se da definição de “bens públicos”. Isto é, os elementos mais importantes para a capacidade humana e que são difíceis de vender exclusivamente para uma pessoa de cada vez. “Isso se aplica em especial quando consideramos os chamados bens públicos, que as pessoas consomem *juntas*, e não separadamente”. De acordo com Sen, a base racional do mecanismo de mercado está voltada para os bens privados e não para os bens públicos, havendo boas razões para o fornecimento de bens públicos, indo além do que os mercados privados promoveriam.

Esse raciocínio fundamenta a manutenção dos braços regulatórios do Estado em determinados setores de interesse geral para a sociedade e até mesmo o fornecimento de serviços diretamente pela máquina pública. Nesses casos, a mera eficiência de mercado não é suficiente para justificar a despublicização:

O argumento dos ‘bens públicos’ para que se vá além do mecanismo de mercado suplementa as razões para a provisão social originadas da necessidade de capacidades básicas (...). Assim, considerações sobre a eficiência suplementam o argumento em favor da equidade quando se defende a assistência pública na provisão de educação básica, serviços de saúde e outros bens públicos (ou semipúblicos)⁶⁹.

A onda neoliberal que dominou o mundo desde a década de 70 e o Brasil, desde 90, objetivava o desapego a determinados setores de produção para fazer com que o Estado gastasse menos⁷⁰. O Consenso de Washington, neste contexto, trata-se de um conjunto de medidas formuladas em 1989, por instituições financeiras situadas nos EUA para “auxiliar” os países a tomarem o rumo do crescimento econômico. Coincidentemente ou não, estas medidas se alinhavam perfeitamente aos interesses imperialistas estadunidenses, no sentido de tornar os países mais receptivos ao crédito externo e à privatização do aparato de fornecimento de serviços públicos às empresas estrangeiras, ao mesmo tempo que, ao economizarem com a máquina estatal, assumiriam compromissos externos cada vez maiores.

Essa tendência neoclássica tornou os países extremamente vulneráveis às oscilações da economia global. O fornecimento de serviços essenciais ficou sob a

⁶⁹ SEN, **Desenvolvimento como liberdade**, p. 172.

⁷⁰ De acordo com Streck, “(...) a globalização não vem acompanhada por um comportamento ‘liberal’ ou ‘neoliberal’ dos países centrais, porque continuam a colocar barreiras monetárias e alfandegárias aos países considerados periféricos” STRECK, **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 65.

responsabilidade de empresas estrangeiras⁷¹. Durante a grande crise de 2007-8, houve a fuga desse capital estrangeiro e os países dependentes dele entraram em recessão: Argentina, Irlanda, Grécia, Portugal etc.

A Argentina havia adotado de forma muito radical todas as medidas do Consenso de Washington e hoje tenta reverter o quadro, implementando políticas nacionalistas tardias. “Nacionalistas” no sentido de menos vulneráveis ao mercado externo. A cobrança das dívidas pelos fundos abutres massacrou a frágil economia argentina em detrimento da qualidade de vida dos cidadãos.

Em palestra realizada na UFRN, Ricardo Sebastián Piana, alertou sobre os erros cometidos no passado pela Argentina, relacionados ao Consenso de Washington, que culminaram em sua atual recessão.

Na segunda metade da década de 80, os Decretos 91.991/85 e 95.886/88 instituíram no Brasil o Programa de Privatização das empresas sob controle direto e indireto do governo federal. No entanto, apenas na metade da década de 90, este programa ganhou corpo nos setores mais expressivos da economia (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, gás, transporte etc.). O então Presidente Fernando Collor lançou um pacote de medidas provisórias, posteriormente convertidas na lei 8.031/90 que institui o Programa Nacional de Desestatização. A partir de 1995, as Emendas Constitucionais da Reforma do Estado foram aprovadas.

Dessa forma, setores inteiros da economia saem do controle direto do Estado e passam para os particulares, abrindo-se um novo campo material para a incidência do direito da concorrência.

No entanto, por tratarem-se de serviços públicos muito importantes para o interesse público, o Estado é convocado a atuar de forma menos intensa em âmbito apenas regulatório, para que os setores privatizados se mantenham alinhados com as políticas públicas estatais.

Esse processo de regulação de diversos setores da Economia Brasileira carece de enorme especialização da máquina estatal e demanda uma alta complexidade da atividade administrativa. Tal especialização se instrumentaliza por meio das Agências Reguladoras.

Nota-se que o surgimento das agências reguladoras coincide com uma extensão do campo material de aplicação do direito da concorrência, tendo em vista que esses

⁷¹ JENNAR, Raoul Marc, Cinquenta países negociam em segredo a liberalização dos serviços, **Le Monde Diplomatique Brasil**, 2014, p. 18–19.

setores econômicos, sobretudo, de infraestrutura passam para o controle imediato da iniciativa privada.

5.2. As agências reguladoras

Faz-se imperioso entender a figura da Agência Reguladora para formar um parecer mais preciso acerca de uma eventual intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em defesa da Livre Concorrência em setores regulados, como o Subsistema Ferroviário, o qual está sujeito ao Poder Normativo da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

A origem das Agências Reguladoras está no direito anglo-saxão. Surgiu, inicialmente, na Inglaterra, com a criação em 1834 de diversos órgãos autônomos e, nos EUA, com a instituição de uma série de agências, em 1887. O direito norte-americano é conhecido, por isso, como o “direito das agências”.

O Brasil, no entanto, fixou as raízes de seu Direito Administrativo no Direito Francês, caracterizado por uma forte centralização administrativa. Alex de Tocqueville atenta para o fato que, em certas situações, o Direito Norte-Americano implementou uma descentralização exagerada, dificultando as relações entre Administração e Governo.

No Brasil, as agências reguladoras têm natureza de *autarquias de regime especial* integrantes da administração indireta, sendo, portanto, criadas apenas por meio de lei específica. São ainda vinculadas a um Ministério, apesar de possuir independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade; ausência de possibilidade de demissão *ad nutum* de seus dirigentes e autonomia financeira.

Em face do *princípio da especialidade*, deve respeitar as finalidades e os objetivos existentes na lei de sua criação.

A função dessas agências é a de realizar as tradicionais atribuições da Administração Direta, na qualidade de Poder Público concedente, nas concessões, permissões e autorizações de serviços públicos, regulando as matérias afetas a sua área de atuação e fiscalizando a eficiência na prestação dos serviços públicos⁷².

⁷² “(...) à Agência Reguladora compete a permanente tarefa de fiscalizar a implementação das técnicas gerenciais modernas, com o objetivo que o concessionário preste serviço público com eficiência, qualidade e preços competitivos. Para isso, o Estado deverá criar e manter condições favoráveis ao desenvolvimento econômico (infraestrutura), defendendo o mercado e as liberdades econômicas das pessoas vinculadas a prestação dos serviços públicos”. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, Agências Reguladoras e suas características, **Revista de Direito Administrativo**, v. 218, n. out/dez, p. 71, 1999.

A independência funcional e financeira das agências reguladoras se dá em virtude dos seguintes preceitos – obrigatórios – em suas leis de criação: independência financeira, escolha dos instrumentos de regulação e modo de nomeação de seus dirigentes.

Possuir *Independência Financeira* significa ter recursos humanos e infraestrutura material fixada em lei, dotações consignadas no orçamento geral da União, créditos especiais, transferências e repasses.

Por sua vez, o *modo diferenciado de nomeação dos dirigentes* refere-se àquele instituído nas leis instituidoras, que devem prever mandato certo e impossibilidade de demissão *ad nutum* pelo Chefe do Executivo. Para Alexandre de Moraes, a escolha deveria ser feita com base em critérios capacitários previstos em lei e a duração do mandato deveria não coincidir com a duração do mandato presidencial para diminuir as ingerências políticas⁷³.

Em 2000, a lei 9.986 padronizou o modo de escolha dos dirigentes das agências reguladoras, prevendo regime colegiado da direção. Em seu art. 5º, prevê que os dirigentes (Conselheiros ou Diretores) deverão ser nomeados – e escolhidos – pelo *Presidente da República*, após aprovação do *Senado Federal*. O prazo para o mandato dos Conselheiros e Diretores é, no entanto, fixado pela lei de criação de cada agência⁷⁴.

Alexandre de Moraes também discorre sobre o controle das agências reguladoras. Há uma necessidade premente de que as agências reguladoras sejam devidamente controladas pelo Governo para assegurar que sigam as *finalidades políticas* da nação, que suas decisões sejam razoáveis e suas medidas sejam proporcionais. Desse modo, reaparece a importância da manutenção do binômio *centralização governamental e descentralização administrativa*.

Nesse contexto, os EUA vêm aumentando o controle judicial de suas agências, controle este já solidificado no Brasil.

Há o controle pelo Poder Executivo e pelo Legislativo. Cabe ao Poder Executivo a iniciativa da lei de criação da agência, fiscalização por meio de contratos de gestão e indicação dos dirigentes.

Por sua vez, cabe ao Poder Legislativo a sustação dos atos normativos da agência em caso de desrespeito aos parâmetros básicos da delegação legislativa (art. 49, V, CF),

⁷³ MORAES, Alexandre de, **Agências Reguladoras**, São Paulo: Atlas, 2002.

⁷⁴ A quarentena também foi instituída pela lei 9.986/2000: “(...) o ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividade ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de 4 (quatro) meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato”.

além da possibilidade de fiscalização genérica dos atos do Poder Executivo e de, por meio do Tribunal de Contas, controlar a gerência do dinheiro público.

Interessante atentar para o fato de que o Brasil – diferentemente da França, que possui um Contencioso Administrativo isolado – se organiza por meio do Sistema de Jurisdição Única, isto é, há o pleno acesso ao Poder Judiciário (indeclinabilidade da prestação judicial), tanto dos conflitos de natureza privada, quanto dos conflitos de natureza administrativa, o que concretiza a moderna supremacia do Estado de Direito – a limitação do poder estatal, com pleno respeito aos direitos fundamentais.

Além disso, há no Brasil a independência das instâncias penal e administrativa, só repercutindo aquela nesta quando ela se manifesta pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria.

Em magistral ilação, Caio Tácito, aduz:

(...) a liberdade decisória das Agências Reguladoras não as dispensa do respeito ao princípio da legalidade e aos demais fixados para a Administração Pública, no art. 37 da Constituição Federal de 1988⁷⁵.

Essa conclusão é importante, no caso em pauta do Subsistema Ferroviário, pois corrobora com o posicionamento de que a ANTT, assim como todas as demais agências reguladoras devem se submeter em regra à legislação antitruste e, consequentemente, ao CADE.

Vale lembrar ainda que não é possível controlar os atos das agências reguladoras – já que infralegais – em relação à lei a que se referem por meio de ação direta de inconstitucionalidade. Cabendo, no entanto, o controle difuso de constitucionalidade e a ADPF, desde que haja desrespeito a qualquer preceito fundamental.

Ademais, aplica-se a Lei de Improbidade Administrativa aos dirigentes das Agências Reguladoras.

Enfim, as agências reguladoras são importantes instrumentos de promoção do bem-estar social, tendo em vista que descentralizam a Administração, fomentando uma maior dinamicidade das atividades prestadoras de serviços. No entanto, faz-se necessário que esta dinamicidade sirva aos fins do Estado, naquilo que é comum ao interesse público primário. Nesse sentido, conclui Alexandre de Moraes:

⁷⁵ TÁCITO, Caio, Agências reguladoras na administração, **Revista de Direito Administrativo**, v. 221, n. jul/set, p. 1, 2000.

(...) a incorporação das Agências Reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro é possível, como exigência de descentralização administrativa, para maior celeridade e eficiência na prestação e fiscalização dos serviços públicos, desde que, porém, respeite os princípios e preceitos constitucionais e as regras básicas fixados pelos Poderes Executivo e Legislativo, na lei de sua criação (centralização governamental)⁷⁶.

Edmir Netto de Araújo nos mostra algumas classificações das autarquias: as fundacionais (de substrato patrimonial), as corporativas (de pessoas) e as “constelações autárquicas” (de regime especial, consideradas autarquias vinculadas a uma autarquia central – ex. OAB federal e estaduais, USP e suas Faculdades)⁷⁷. Destacou o fato de a Lei 9.649/98 ter instituído a possibilidade de qualificação das autarquias e fundações em agências executivas, por ato do Presidente da República, desde que possuam “plano estratégico” de reestruturação e desenvolvimento institucional em andamento e “contrato de gestão” com o Ministério supervisor⁷⁸.

Dessa forma, tentou-se ampliar a “autonomia de gestão” dessas entidades e definir as Agências Reguladoras de certos serviços públicos e atividades. No entanto, os artigos foram muito genéricos e não atingiram tal objetivo.

Para iniciarmos no estudo das funções das agências reguladoras, é imprescindível delimitarmos uma distinção entre os termos regular e regulamentar. “Regular” tem semântica de gênero, seria qualquer ato de sujeitar a *regras em geral*, normatizar. Por sua vez, “regulamentar” seria espécie, um ato de sujeitar a regulamentos, especificamente, cuja edição é da competência privativa dos Chefes de Executivo, mediante seu ato administrativo característico, que é o *Decreto*. Ao regulamentar um assunto, os Chefes do Executivo não podem inovar na ordem jurídica.

No caso das agências reguladoras, há o exercício do Poder Normativo, também não inovando na ordem jurídica.

(...) o Poder Normativo das agências reguladoras (não regulamentadoras) vincula-se às normas legais pertinentes, sem inovar na ordem jurídica, e não é o de regulamentar (...)⁷⁹.

⁷⁶ MORAES, **Agências Reguladoras**.

⁷⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de, A aparente autonomia das agências reguladoras, *in*: MORAES, Alexandre de (Org.), **Agências Reguladoras**, São Paulo: Atlas, 2002.

⁷⁸ Conforme artigos 51 e 52 da lei 9.649/98.

⁷⁹ *Ibid.*

As Agências Reguladoras possuem algumas prerrogativas outorgadas pelas suas leis instituidoras, quais sejam: (a) afastam-se da estrutura hierárquica dos Ministérios e da influência política direta do Governo (acentuado grau de independência), (b) possuem autonomia financeira, administrativa e de poderes normativos complementares no setor, (c) podem fiscalizar, (d) operar como instância administrativa final nos litígios com independência em relação ao Poder Judiciário, (e) controlam as metas de desempenho segundo as diretrizes do Governo e em defesa da coletividade, (f) possuem direção colegiada (membros nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado) e (g) mandato dos dirigentes com prazo determinado e a respectiva quarentena após o tal prazo (independência em relação ao Poder Executivo).

Além disso, de acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, as agências reguladoras possuem as atribuições em comum de:

(...) **regular** [poder normativo] os serviços que constituem objeto da delegação [independência em relação ao Poder Legislativo], **realizar o procedimento licitatório** para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatório, **celebrar o contrato** de concessão ou permissão ou **praticar ato unilateral de outorga** da autorização, **definir o valor da tarifa** e da sua revisão ou reajuste, **controlar a execução** dos serviços, **aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão**, exercer o **papel de ouvidor** de denúncias e reclamações dos usuários, enfim, (...) **todas as prerrogativas que a lei outorga ao Poder Público** na concessão, permissão e autorização⁸⁰ (grifos da mestrandia).

Além disso, Patrícia Regina P. Sampaio, destaca a função de proteção do princípio constitucional da livre concorrência no âmbito das agências reguladoras:

(...) a autoridade reguladora é aquela que tem por função promover diretamente a livre concorrência nos mercados que apresentam graves falhas, mediante exercício de poder normativo e o emprego dos mais distintos instrumentos (assimetria regulatória, imposição do dever de acesso à rede etc.). De fato, uma das principais funções das entidades reguladoras é promover práticas e políticas

⁸⁰ DI PIETRO, *Parcerias na administração pública*.

diretas de promoção da competição em mercados que, em princípio, poderiam ser a ela hostis⁸¹.

O ponto distintivo entre agências reguladoras e executivas é que estas últimas (autarquia ou fundação) continuam vinculadas à Administração Direta, apesar de serem entidades autônomas, celebrando contrato de gestão com o Governo para a melhoria ou eficiência das atividades de uma determinada área funcional. No entanto, de autonomia propriamente dita, só possuem a de ampliar os limites da lei 8.666/93 para dispensa de licitação e licitação para compras, obras e serviços. Na verdade, toda autarquia possui autonomia, como esclarece Edmir Netto de Araújo:

As autarquias (**todas** elas, e não só as agências reguladoras), que em resumo são patrimônios personalizados e afetados a um fim, no caso, de interesse público e sob regime jurídico de direito público, dispõem de autonomia porque são entes dotados de personalidade jurídica (e não órgãos, que não a possuem) e patrimônio próprios, diversos dos da entidade estatal que lhes deu origem, como acontece também com as empresas estatais e fundações públicas⁸².

No entanto, o autor esclarece que esta autonomia é bastante relativa.

Realmente, quando se fala em **autonomia**, não se pode ampliar esse conceito para equipará-lo a soberania, independência ou outros sentidos inadequados para caracterizar o regime jurídico das autarquias.

Quando se fala que as agências reguladoras possuem autonomia orçamentária e financeira, na verdade, se quer dizer que esses entes podem agir em nome próprio, pois em outro sentido, possuem as mesmas limitações de qualquer ente da Administração.

A competência para legislar sobre Direito Tributário, Financeiro, Econômico e Orçamento é concorrente entre os entes federativos. As normas gerais provenientes da União são aplicadas a todas as pessoas jurídicas estatais. Sendo vedado também às agências reguladoras as ações previstas nos artigos 167, 168 e 169, CF:

(...) o início de programas ou projetos **não incluídos na lei orçamentária anual** (art. 167, I, CF); a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas **que**

⁸¹ SAMPAIO, **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**, p. 86.

⁸² ARAÚJO, A aparente autonomia das agências reguladoras.

excedam os créditos orçamentários ou adicionais (II); a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta (III); a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes (V); e a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (VI) (grifos da mestrand).

Servem como base à estimativa de receita para a proposta orçamentária os demonstrativos de receitas arrecadadas, portanto, são vedadas quaisquer caixas especiais, em estrita observância ao princípio da unidade de tesouraria. Os recursos pagos diretamente à agência serão por esta recolhidos à Fazenda, e não gastos em regime de fluxo de caixa.

Referindo-se especificamente às autarquias (e outras entidades descentralizadas), a lei 4.320/64 prevê que os orçamentos dessas entidades se vinculam ao orçamento-programa anual das pessoas políticas que lhes dão origem. Por isso, não podem adotar regime orçamentário e financeiro diferentes do regime geral. São as agências *autônomas*, mas não *independentes*, pois são partes do regime financeiro e orçamentário geral estatal. As agências se submetem, assim, aos controles financeiros/orçamentários estatais.

As agências reguladoras, por absorver várias tarefas atinentes ao Poder Público, também possui poder de polícia administrativa – poder de direcionar as atividades privadas de acordo com interesses públicos⁸³: poderes sancionatórios, de direção e controle da execução dos serviços, de encampamento ou intervenção, de utilização compulsória de recursos humanos e materiais, e inclusive a própria normatização da concessão.

Autonomia administrativa “significa que, dada a personalidade jurídica própria, a autarquia contrata e administra em seu próprio nome (...)”. Autonomia funcional “significa apenas estrutura própria de seus órgãos e agentes públicos (...)”⁸⁴.

Faz-se necessário esclarecer algumas confusões acerca da autonomia das agências reguladoras para entender pormenorizadamente sua abrangência. Primeiramente, a existência de mandato dos dirigentes não é característica exclusiva das agências

⁸³ TÁCITO, Caio, Serviço de utilidade pública. Autorização. Gás liquefeito de petróleo, *in*: **Temas de direito público**, [s.l.: s.n.], 1997, p. 1236.

⁸⁴ *Ibid.*

reguladoras, muito pelo contrário, ele só existe se especificado na lei instituidora da agência.

Na verdade, isso não é aspecto típico restrito às agências reguladoras (mesmo assim, se a lei criadora não estabelecer o sistema de mandatos, estes **não se presumem**, pois não há lei geral ou dispositivo constitucional a respeito, e então seu dirigente será exonerável ad nutum de seu cargo em comissão), e nem mesmo é novidade. É comum a instituição de regime de mandatos para outras autarquias de regime especial (como a Universidade de São Paulo, por exemplo), e até mesmo para autarquias comuns (basta que a lei criadora o faça), sendo mesmo a regra para as fundações instituídas pelo Poder Público⁸⁵.

Além disso, é necessário esclarecer o caráter definitivo das decisões das agências reguladoras, ressaltando que essa não é uma característica apenas das agências, mas decorre do sistema hierárquico de cada tipo de instituição. No caso de qualquer autarquia, a autoridade máxima é o dirigente, em virtude de sua autonomia administrativa do Ministério respectivo. Por isso, não caberia o chamado “recurso hierárquico” ao Ministro correspondente. Sempre haverá, no entanto, o controle jurisdicional das decisões administrativas, como é curial.

A peculiaridade no caso das Agências Reguladoras está na impossibilidade chamado “recurso hierárquico impróprio” a autoridade de outro órgão.

O que se deve perquirir é a possibilidade ou não da interposição do chamado recurso hierárquico impróprio contra decisões de tais entidades, perante autoridade de outro órgão (normalmente Chefe do Executivo, Ministro ou Secretário), não integrado na mesma estrutura hierárquica da entidade.

Como se trata de pessoas jurídicas diferentes (...) e não há hierarquia entre elas (apenas vinculação), esse tipo de recurso só é cabível se expressamente previsto em lei, e não é “hierárquico” (pois, como dito, não há a citada hierarquia) nem “impróprio” (porque é propriamente um recurso, legalmente previsto), normalmente impetrado só sob o ângulo da legalidade/ legitimidade, porque o controle tutelar do Executivo sobre a autarquia é somente finalístico e restrito às hipóteses em lei delineadas⁸⁶.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 50–51.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 52.

O autor ressalva que é admitida recorribilidade de decisões dos dirigentes no âmbito federal, chamada de “Supervisão Ministerial”, podendo os Ministros de Estado conhecer dos recursos provindos de decisões finais de entidades da Administração indireta vinculadas a seu Ministério. Atenta para o fato de que, no Estado de São Paulo, o controle tutelar das entidades descentralizadas é feito através da “Supervisão Secretarial”, a cargo do Secretário de Estado e à Secretaria da Fazenda.

(...) é notório que parte da doutrina (...) tem aceitado a possibilidade de reexame dos atos dos dirigentes máximos dessas entidades, ao menos na área federal, com fundamento no Decreto-lei federal n. 200/67 (...). (...) se a lei criadora da agência for explícita no sentido do não-cabimento (sic) do recurso hierárquico impróprio, estará configurada a controvérsia, pois essa disposição legal contrariaria a norma geral baixada pela própria União (...), não sendo possível ou ao menos lógico excepcioná-la (...). (...) o art. 19 do Decreto-lei n. 200/67 excetua **unicamente** da citada supervisão os órgãos (art. 32) assim, não significa maior autonomia e sim o contrário⁸⁷.

O autor fala ainda de outro instrumento de controle do Governo sobre as agências reguladoras, a chamada “intervenção”.

Intervenção, (...) fundamentada no poder de tutelar (...), só pode ser decretada por ato do Chefe do Poder Executivo, por motivo de interesse público ou apuração de responsabilidades funcionais, (...) afastando-se temporariamente o dirigente para esse controle e restabelecimento da normalidade administrativa, podendo resultar em exoneração e/ou responsabilidade penal, administrativa ou patrimonial⁸⁸.

O Poder Normativo das agências reguladoras, apesar de não poder inovar no ordenamento, deverá ser apenas operacional (autonomia técnica). Nas palavras de Edmir Netto de Araújo, “(...) em recente episódio (crise energética) ficou a impressão de que essa autonomia técnica operacional no processo de concessão não teria funcionado a contento (...)”⁸⁹.

Sobre a responsabilidade civil das agências reguladoras, o autor esclarece que a responsabilidade das prestadoras é objetiva e direta (conforme o art. 37, §6º, CF) e que,

⁸⁷ *Ibid.*, p. 54.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 55.

⁸⁹ *Ibid.*

por estarem tomando as atribuições do Poder Público, as agências reguladoras ou o próprio Poder concedente responderiam subsidiariamente.

No entanto, se falhas ou ilegalidades se verificarem na própria regulação (fiscalização, normatização, controle, gerenciamento etc.), que venham a indiretamente causar prejuízo ao administrado em geral e ao usuário do serviço em especial, a responsabilidade da agência reguladora poderá ser solidária à da prestadora e, conforme o caso, até mesmo direta⁹⁰.

A necessária autonomia das agências reguladoras dificulta a legitimação democrática dessas entidades, já que seus dirigentes não são eleitos democraticamente, portanto, não possuem a representatividade exigida para a tomada de decisões políticas.

As leis instituidoras das Agências Reguladoras as obrigam a obedecerem às políticas traçadas pelos órgãos da Administração Pública Direta, no entanto, ao mesmo tempo, essas entidades não possuem vínculo hierárquico ou decisório com a Administração Direta ou com qualquer órgão governamental. Inexiste até mesmo a possibilidade de se impetrar recurso hierárquico impróprio, por ausência de previsão legal⁹¹.

Em regra, o controle do Executivo sobre estas entidades está limitado à nomeação dos dirigentes.

Ainda mais problemática é a necessidade de controle das contas e gastos das Agências Reguladoras pelos Tribunais de Contas, mantendo ainda a autonomia financeira dessas entidades. Isso é possível em virtude de certas limitações nessa ingerência do Poder Legislativo.

De acordo com Luís Roberto Barroso, a fiscalização externa das agências reguladoras se limita aos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade, além de só precipitar-se sobre o uso de *dinheiro público*. Este seria o limite de qualquer ingerência política sobre as agências reguladoras. A atividade fiscalizadora não alcança a *atividade-fim* da agência reguladora, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes. Eis o fim do sistema de pesos e contrapesos sobre estas entidades.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 56.

⁹¹ Explica Celso Antônio Bandeira de Mello que “o controle administrativo ou tutela administrativa, segundo generalizada lição doutrinária, exerce-se nos limites da lei. Não se presume. Existirá quando, como e na fora prevista em lei” (**Curso de direito administrativo**, 1999, p. 147).

Este, portanto, o limite da atribuição do Tribunal de Contas. Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional, o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora⁹².

Dentre as questões mais delicadas a respeito da legitimação democrática das agências reguladoras está o seu poder normativo. Isso porque, em certos casos, como dito anteriormente, equipara-se a uma delegação do poder de legislar, transferindo-se quase inteiramente a competência para disciplinar determinadas questões.

Como já foi dito, a noção do Princípio da Legalidade – em virtude do crescimento do papel do Executivo, alimentado pela necessidade moderna de agilidade nas ações estatais e pela relação cada vez mais próxima entre ação estatal e conhecimentos técnicos especializados – passa por uma releitura. No entanto, ainda sobrevivem as ideias de que é vedada a delegação de funções de um Poder para outro fora das hipóteses constitucionais e de que a delegação não pode ser “em branco”, desacompanhada de parâmetros ou diretrizes obrigatórias.

No entanto, na determinação do que seriam essas diretrizes e até que nível de abrangência elas precisam se enquadrar é que reside a dificuldade.

A grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras, portanto, diz respeito ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca sua identidade como uma norma válida e eficaz⁹³.

Uma solução para tal tendência é a crescente noção de Democracia Participativa, responsável por um movimento de inserção da soberania popular em diversas entidades administrativas e judiciais.

Este projeto (da Democracia Participativa) pode facilmente ser implementado no âmbito das agências reguladoras, no entanto, ainda está em estágio prematuro de desenvolvimento, em todo Poder Executivo, mas já pode ser notado pela proliferação de audiências públicas para a tomada de decisões importantes.

⁹² BARROSO, Luís Roberto, Agências reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática, *in*: **Agências Reguladoras e Democracia**, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 79–80.

⁹³ *Ibid.*, p. 83.

É fundamental que as agências realizem investimentos na divulgação de seu papel institucional e dos seus mecanismos de participação social, de forma que o seu processo deliberativo seja o mais aberto, informado e transparente possível. Quanto ao mais, há que se trabalhar pelo aumento do grau de conscientização política, organização e participação da sociedade brasileira nos assuntos de interesse público⁹⁴.

O fenômeno da deslegalização, compreendido como aquele em que o próprio legislador se desfaz de suas competências, atribuídas à disciplina das agências, apesar de facilitar a articulação do Estado no cumprimento de suas funções, precisa ser exercido com cautela já que é pressuposto de uma democracia. A entrega de competências exacerbadas a tecnocratas não pode minar a soberania popular para o desenvolvimento de políticas econômicas.

O distanciamento do Estado do aspecto democrático pode enveredar a destinos sombrios de sistemas totalitários, como conclui Luís Roberto Barroso, “se este projeto fracassar, será um longo caminho de volta”⁹⁵.

⁹⁴ BINENBOJM, Gustavo, Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil, *in*: **Agências Reguladoras e Democracia**, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 110.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 87.

5.3. Monopólio natural e a doutrina das *Essential Facilities*

Ponto de extrema importância devido a sua maior incidência na análise dos setores regulados de infraestrutura diz respeito aos monopólios naturais sobre bens e serviços de acesso. Trata-se de uma falha de mercado em que bens e serviços são mais eficientemente produzidos em situação de ausência de concorrência naquele mercado⁹⁶.

Nem sempre as características da produção acomodam vários produtores. Por vezes, a estrutura produtiva mais eficiente implica poucos ou até mesmo um único produtor. Isso ocorre quando há subaditividade de custos⁹⁷.

É possível dizer que o modal ferroviário possui em sua escala produtiva um monopólio natural. A exploração da infraestrutura de trilhos tem as características de uma economia de rede, de densidade e de escala (ou de escopo). Há uma clara tendência a assumir a configuração de monopólio natural em virtude da subaditividade de custos⁹⁸. Sendo de rede, quanto mais pontos conseguir unir com a malha, maiores serão os retornos e a rentabilidade. Por outro lado, sendo uma economia de densidade, se beneficia com o aumento da população usuária. E, como uma economia de escala, tende a concentrar as várias funções em uma só empresa.

Desta forma, o número das operações de transporte é favorecido com a maior abrangência das operações e com a extensão da malha. Além disso, ao diminuírem, os custos unitários dos bens e serviços transportados, faz crescer os retornos de escala.

De acordo com estudo realizado pela Confederação Nacional do Transporte (CNT), o ente privado possui uma capacidade mais limitada de ampliação do serviço, em virtude de seu custo de capital ser superior ao do ente público.

Os prejuízos com um empreendimento malsucedido podem levar uma empresa a sérios problemas patrimoniais e até mesmo à falência, enquanto que para o governo esse risco é significativamente inferior, por apresentar maior capacidade de endividamento⁹⁹.

⁹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Regulação da Atividade Econômica**, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 60.

⁹⁷ FARINA, Elizabeth M. M. Q.; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia, **Competitividade: mercado, Estado e organizações**, São Paulo: Singular, 1997, p. 197.

⁹⁸ Quando o custo de produção de um bem (ou serviço) por uma única firma é inferior ao verificado em uma situação de concorrência quando várias empresas ofertam o mesmo bem (ou serviço).

⁹⁹ CNT, O Sistema ferroviário brasileiro, 2013, p. 11.

As ferrovias foram as primeiras corporações modernas em que um mercado de livre competição encontraria limites. Segundo Calixto Salomão, a doutrina da *Essential facilities* teve sua origem jurisprudencial relacionada a problemas de acesso ao sistema ferroviário da cidade de St. Louis, nos EUA.

Para o autor, “o conceito de *essential facility* foi desenvolvido no direito concorrencial para hipóteses de extrema concentração econômica”, coincidindo, geralmente, com os casos de monopólio natural, surgindo diante de “situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, no qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou o fornecimento do essencial”¹⁰⁰.

Ademais, a configuração de monopólio natural geraria ineficiências indesejadas relacionadas à qualidade do serviço prestado. Portanto, para amenizar estes impactos nefastos, surgiu a necessidade de regulação do setor.

Ao se analisar de forma compartimentada o Subsistema Ferroviário, é possível concluir que, em uma de suas atividades (a de exploração e manutenção da infraestrutura), os ganhos de escala são muito superiores no que diz respeito à exploração de infraestrutura.

Eis o verdadeiro monopólio natural do modal ferroviário, em que os custos são fixos ou até mesmo irrecuperáveis (*sunk costs*): a manutenção e exploração da infraestrutura.

A atividade de provisão e manutenção da infraestrutura, portanto, mostra-se diferente da esfera operacional, isto é, do serviço de transporte ferroviário, no qual a característica de economia de escala é menos evidente, sendo possível e até mesmo mais eficiente, neste âmbito, a existência de várias empresas transportando sobre uma mesma infraestrutura.

Calixto Salomão Filho esclarece que, quando uma das atividades do setor é imprescindível para a produção do bem ou prestação do serviço, surge uma relação de dependência na escala produtiva. Isso pode ser evidenciado no setor ferroviário, já que, para uma empresa operar transporte ferroviário é imprescindível o acesso aos trilhos e, portanto, a negociação com a concessionário que explora e mantém a infraestrutura.

No âmbito da infraestrutura, a organização dos custos obedece uma periodicidade relativamente longa de renovação. Enquanto os vagões possuem vida útil de 10 anos e as locomotivas funcionam por cerca de 18 anos, os trilhos devem ser renovados apenas em

¹⁰⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Regulação e concorrência (estudos e pareceres)**, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38-40.

40 anos. Já a realização de terraplenagem e fundação compõem os chamados *sunk costs*, pois são considerados investimentos não recuperáveis, que não são considerados.

Para Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, o enquadramento de um setor no modelo de monopólio natural causa uma grande restrição à concorrência naquele ramo econômico, sendo frequentemente regulado quase totalmente pela Agência Reguladora. No entanto, a autora pondera que pode haver, numa atividade de monopólio natural, segmentos potencialmente competitivos que careceriam da intervenção do CADE.

Por isso, a importância de se diferenciar adequadamente os diferentes regimes jurídicos constituintes de cada atividade ferroviária. Se, no âmbito da operacionalização do transporte, a livre concorrência é possível, é preciso assegurar aos agentes econômicos desta atividade o livre acesso aos trilhos.

De acordo com Darryl Biggar, citado por Sampaio, o motivo para a existência do modelo de concessão de integração vertical é a crença de que ela permitiria “o aproveitamento de economias de escopo e de escala no mercado *downstream* [de transporte e distribuição dos produtos]”.

São comumente lembradas como justificativas para a integração vertical a redução de custos de transação, especialmente quando há necessidade de investimentos em ativos específicos e, assim, um maior incentivo ao fluxo de informações entre agentes econômicos inicialmente independentes¹⁰¹.

Argumenta-se que o controle realizado pelo CADE sobre setores de que faz parte um monopólio natural limita o direito da propriedade do agente dominante, impondo diretrizes às relações entre o detentor da *essential facility* e os concorrentes atuais e potenciais.

No entanto, Calixto Salomão Filho explica que a recusa do acesso a certos bens ou serviços não pode ocorrer de forma indeterminada. Há quatro critérios, a partir dos quais se determinaria a ilicitude de uma recusa de acesso a certos bens de produção tidos como essenciais: “(i) é preciso que haja controle de um bem por um monopolista, sendo que outros agentes econômicos dependem daquele para desenvolverem suas atividades,

¹⁰¹ *Apud* SAMPAIO, **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**, p. 81.

(ii) deve haver a impossibilidade prática e/ou econômica de duplicação do referido bem; (iii) houve a negativa de acesso a tal bem; (iv) há viabilidade de se fornecer tal acesso”¹⁰².

Nessas situações, o direito de propriedade da concessionária detentora do monopólio natural será flexibilizado em prol da Eficiência Social, prevista na Legislação Antitruste (tópico 7.1). A função social da propriedade é princípio constitucional da ordem econômica e deve ser aplicado por toda máquina estatal, inclusive pelo CADE.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) **III - função social da propriedade.**

Para Calixto Salomão Filho, esta relação de dependência entre as atividades de um setor demanda que se garanta o acesso aos bens essenciais por parte dos agentes econômicos que deles dependem¹⁰³.

No mesmo sentido, Sampaio considera que, apesar de inseridos em atividades que tendam naturalmente para a formação de um monopólio, os segmentos potencialmente competitivos deverão ser protegidos contra concentrações.

Verificou-se que, embora as infraestruturas muitas vezes não devessem ser duplicadas, tendo em vista a realidade de monopólio natural, isso não significava que todas as etapas da cadeia produtiva precisavam ser exploradas de forma monopolística. Um marco regulatório adequado poderia fomentar a concorrência nos segmentos potencialmente competitivos¹⁰⁴.

Evidencia-se, nesse ponto, a possibilidade de que, em um mesmo setor, existam atividades sob a forma de monopólio e outras que podem ser abertas à concorrência. No caso do sistema ferroviário, se nota que apenas a infraestrutura de trilhos é mais eficiente sob monopólio natural. A operação dos transportes sobre os trilhos pode e deve ser aberta à livre concorrência, uma vez que se trata de segmento que funciona de maneira mais eficiente sob o predomínio deste princípio constitucional.

De acordo com Sampaio, a detenção simultânea, por um mesmo agente econômico, de sucessivos segmentos da cadeia produtiva é muito arriscada, tendo em

¹⁰² SALOMÃO FILHO, **Regulação e concorrência (estudos e pareceres)**, p. 40.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 41.

¹⁰⁴ SAMPAIO, **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**, p. 22.

vista que o agente pode buscar monopolizar o segmento competitivo por meio da criação de dificuldades de acesso à infraestrutura essencial¹⁰⁵.

Analisando de forma mais detalhada as consequências e problemas atinentes às *essential facilities*, Calixto Salomão observa que a adequação do uso dessas atividades à sua função social exige que seja garantido o acesso a esses bens por parte dos agentes econômicos que deles dependem, o que pode ser feito tanto “por uma intervenção estrutural que afaste as circunstâncias que ensejam o controle do bem por uma única pessoa” quanto “pela imposição de um dever ao titular desse controle, no sentido de suprir o acesso ao bem de forma ampla e equânime”.

Reconhece o autor, no entanto, que, na generalidade dos casos, a primeira solução (de intervenção estrutural) não é viável, tendo em vista que o bem/serviço essencial não pode ser ofertado por mais de uma empresa. A impossibilidade econômica de se duplicar o bem/serviço torna impraticável cogitar da cisão do seu controlador. Esse é o contexto da infraestrutura ferroviária, das redes de telecomunicações, de energia elétrica ou de transporte de gás e óleo¹⁰⁶. Nessas situações, só resta proibir que o controlador do bem essencial ingresse no mercado jusante, isto é, que a concessionária detentora do direito de exploração e manutenção dos trilhos não possa entrar no mercado de operacionalização do transporte. Ainda assim, não se impediria que ele abusasse de sua posição dominante.

As limitações reais da alternativa estrutural levam-nos a considerar a segunda solução proposta: o suprimento obrigatório de acesso à *essential facility*. Para isso, faz-se indispensável uma adequada ruptura vertical das atividades ferroviárias, também chamada de *vertical unbundling*, técnica de regulação que se tornou comum nesses casos, que exige a separação da titularidade ou operação de rede da prestação de serviços a partir da rede, permitindo uma análise individualizada da possibilidade de competição.

Em setores em que coexistem monopólio natural e competição, essa separação pode se tornar difícil de ser concretizada por meio de políticas públicas. Sobre isso, reflete John Vickers:

Problemas de política pública particularmente difíceis podem surgir em indústrias nas quais coexistem atividades monopolísticas e atividades potencialmente competitivas, porque [nesses casos] as decisões regulatórias podem ter uma maior influência sobre a concorrência¹⁰⁷.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 81.

¹⁰⁶ SALOMÃO FILHO, **Regulação e concorrência (estudos e pareceres)**, p. 43.

¹⁰⁷ VICKERS, John, **Concepts of competition**, Oxford: [s.n.], 1993, p. 18.

O reconhecimento da presença de um monopólio natural ao longo de uma cadeia produtiva faz surgir o problema de acesso: sem acesso à infraestrutura essencial não há livre concorrência nos mercados verticalmente relacionados. É possível, por conseguinte, definir se, quando e como o direito interferirá sobre as normas de acesso, e qual a autoridade está em melhor condição de fazê-lo.

6. O SISTEMA FERROVIÁRIO BRASILEIRO

A sobrecarga do transporte rodoviário gera diversos problemas como o excesso de transporte de carga nas rodovias nacionais, o comprometimento da logística e da confiabilidade do transporte, a maior dependência do empresário sobre as condições físicas das estradas brasileiras etc. A pluralidade de modais de transporte surge como uma grande oportunidade para as empresas se tornarem mais competitivas. Os países que conseguem concretizá-la têm a oportunidade de expandir o mercado interno e angariar mais riqueza ao Estado e aos particulares, atingindo consequentemente o desenvolvimento.

De acordo com estimativas alcançadas pelo Instituto COPPEAD de Administração da Universidade Federal do Rio de Janeiro em parceria com a CNT indicam que cerca de R\$ 118 bilhões de excesso de estoque são mantidos pelas empresas brasileiras ao longo das cadeias produtivas como forma de se proteger das ineficiências do transporte, consequência de atrasos, acidentes e roubos de carga. Um setor de transportes mais confiável e eficiente poderia diminuir sobremaneira este valor, liberando recursos da ordem de bilhões de reais que poderiam ser reinvestidos em atividades produtivas.

A expansão do modal ferroviário se reflete no surgimento de condições concorrenciais mais vantajosas, como a redução imediata no valor do frete, a qual favorece a competição entre mercados internos e externos e seus respectivos fatores de produção e de consumo. Isto é, produtos externos ao mercado consumidor, decorrentes de um modo de produção mais eficiente, alcança o mercado interno, o que diminui o preço e/ou melhorando a qualidade das mercadorias locais e disponibiliza uma maior variedade de bens para o consumo, aumentando o nível de bem-estar dos indivíduos.

Além disso, o modal ferroviário também propicia um aumento do mercado consumidor dos bens produzidos localmente, o que reduz os custos unitários e expande a produção total. Esse efeito nos custos e na produção decorre do fato de a rede ferroviária tratar-se de uma economia de rede, de densidade e de escopo (ou de escala). Destarte, a interação entre o maior número de pontos contribui para o padrão de rentabilidade (economia de rede), os custos unitários do serviço decrescem com o aumento da

densidade populacional (economia de densidade) e a produção conjunta de produtos e serviços é mais vantajosa do que uma produção dissociada (economia de escopo)¹⁰⁸.

A título de comparação, a matriz estadunidense de transportes apresenta percentuais mais equilibrados. O modal rodoviário responde com 35% e o ferroviário, 45% (Figura abaixo).

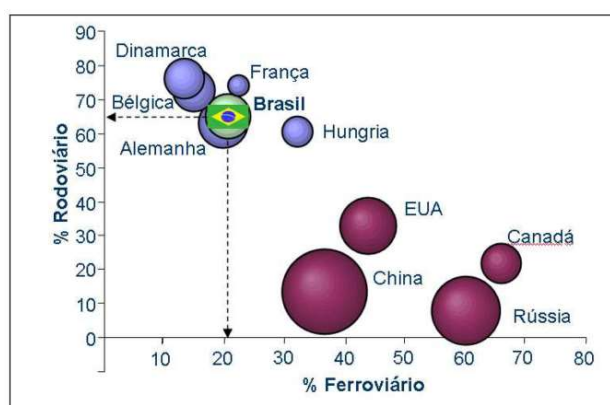


Figura 3 Distribuição do transporte no Brasil em comparação com outros países¹⁰⁹

De acordo com Fogel, na ausência da infraestrutura ferroviária, o PIB dos Estados Unidos teria um valor de 10% a 20% inferior ao apresentado no final da década de 60¹¹⁰. No mesmo sentido, em um estudo anterior para o Japão, verificou-se também uma forte contribuição da provisão da infraestrutura ferroviária para o crescimento do PIB daquele País no período de 1875 até 1940¹¹¹.

Além disso, a sobrecarga de um modal gera um processo de desgaste do sistema rodoviário, decorrente também do círculo vicioso uso excessivo – desgaste – custo operacional mais alto.

Além disso, sabe-se que, em trechos acima de 500km, os modais rodoviários deixam de ser os mais eficientes, gerando transtornos e prejuízos a empresários.

¹⁰⁸ CNT, O Sistema ferroviário brasileiro.

¹⁰⁹ Fonte: COPPEAD / CNT, 2001.

¹¹⁰ FOGEL, Robert William, **Railroads and american economic growth: essays in economic history**, Baltimore, MD: Johns Hopkins Press, 1964.

¹¹¹ MORISUGI, Hisa; HAYASHIYAMA, Yasuhisa, **Post-evaluation of the Japanese railway network**, London: Macmillian, 1997.

6.1. Competitividade dos trilhos em relação a outros modais

A importância do crescimento do modal ferroviário no Brasil ultrapassa interesses empresariais e também apresenta raízes em benefícios sociais, já que os custos ambientais são inferiores ao transporte empreendido em estradas por caminhões. Além de uma menor emissão de poluentes pelas locomotivas, o dano ambiental causado com a construção da infraestrutura ferroviária também é bem inferior em relação ao modal rodoviário.

Além disso, o modal ferroviário apresenta um nível superior de segurança, tornando ainda mais baixos os custos sociais.

Conquanto, o que mais fascina no modal ferroviário é a sua capacidade de carregamento. Os vagões e as locomotivas saem na frente dos caminhões no quesito volume de carga. Quanto maior a distância e a tonelagem, mais vantajosa será a utilização do modal ferroviário como meio de transporte. Os dois modais competem entre si no que se refere a cargas entre 27 a 40 toneladas. Entretanto, os trilhos se tornam mais profícuos para o transporte de cargas superiores a 40 toneladas, independentemente da distância. Enquanto isso, o modal rodoviário ganha espaço com cargas menores. As estradas são mais proveitosas para transportar carregamentos inferiores a 1,5 tonelada, independentemente da distância¹¹², como se extrai do quadro a seguir.

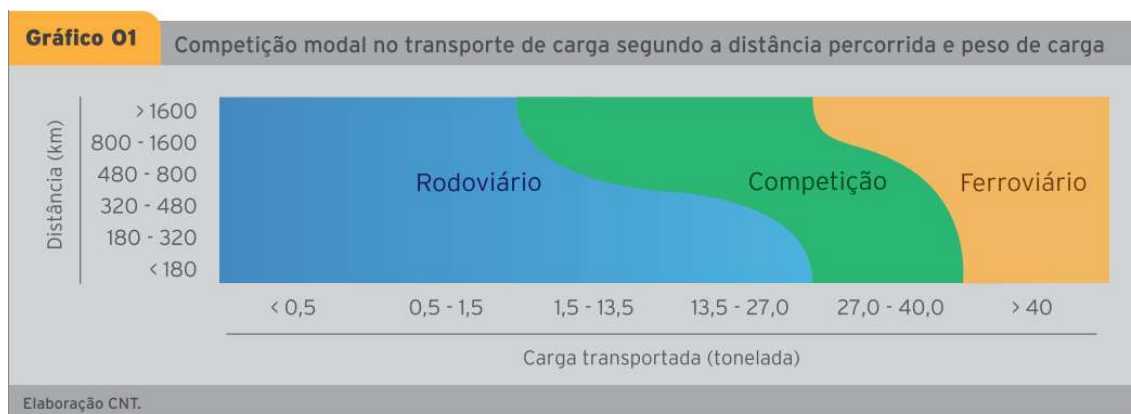


Figura 4 Competição modal no transporte de carga segundo a distância percorrida e peso de carga¹¹³

A possibilidade de competição intermodal faz com que a jurisprudência do CADE considere como relevantes algumas questões concorrenciais sobre o setor de concessões

¹¹² CNT, O Sistema ferroviário brasileiro, p. 15–16.

¹¹³ *Ibid.*, p. 16.

ferroviárias mesmo no que se refere à infraestrutura, apesar de sua característica de monopólio natural¹¹⁴.

Dessa forma, a análise do mercado relevante é feita tendo em consideração a natureza de mercadoria cativa do modal ferroviário ou mercadoria não cativa (isto é, que pode ser transportada, de forma economicamente viável, por dois ou mais modais)¹¹⁵.

Por outro lado, os principais problemas para a eficiência do deslocamento ferroviário surgem em virtude da falta de planejamento integrado entre as concessionárias do sistema: quando, por exemplo, uma linha ferroviária ultrapassa os limites entre duas concessionárias ou quando as linhas passam excessivamente por dentro de centros urbanos (passagens de nível). Além desses, destacam-se como dificuldade enfrentada as invasões nas faixas de domínio das ferrovias.

Há gargalos logísticos (que incluem conflitos entre o tráfego ferroviário e os de veículos e pedestres) e físicos (principalmente, no caso de despadronização de bitolas e de traçados longos, sinuosos e com rampas fortes que diminuem o desempenho dos trens).

¹¹⁴ Ver, dentre outros, ato de concentração 08012.001157/00-81, rel. Conselheiro Mercio Felsky, j. em 2-5-2001.

¹¹⁵ SAMPAIO, **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**, p. 254.

6.2. Evolução histórica

Em 1952, Walt Rostow atribuiu aos trilhos e trens o papel de catalizador da transformação econômica do Ocidente desde meados do século XIX¹¹⁶. A Revolução Industrial provocou profundas mudanças estruturais que exigiram uma capacidade sem precedentes de se transportar grande volume de passageiros e cargas. Essas alterações na estrutura econômica possibilitaram o avanço do transporte ferroviário em diversos países, o qual serviu como o mais importante meio de transporte terrestre até a década de 1930.

No Brasil, as ferrovias surgiram durante o ciclo do café, que predominou da segunda metade do século XIX até meados de 1930. Neste período, a economia nacional era primordialmente pautada na agricultura exportadora, com alto grau de concentração de poder nas mãos dos grandes latifundiários. Em razão da escassez de bens de capital e a quase inexistência de indústrias em território brasileiro, havia uma baixa atratividade dos empreendimentos para a construção de ferrovias.

Neste contexto, o governo imperial instituiu a Lei de Garantia de Juros em 1852, que autorizava a concessão da construção e exploração de ferrovias pelo prazo máximo de 90 anos. A lei era conhecida por este título em virtude da previsão da garantia da taxa de retorno¹¹⁷ de até 5% sobre o capital empregado na construção da ferrovia, mas também isentava de imposto de importação a compra de trilhos, equipamentos ferroviários e carvão de pedra.

Ademais, a lei estabelecia uma proibição de construção de outra ferrovia num raio de 5 léguas (cerca de 33 km), o que conferia ao administrador privado o monopólio do transporte ferroviário dentro da região. Isso garantia uma escala mínima de tonelagem a ser transportada para garantir o retorno do empreendimento.

Entretanto, embora tenha crescido o interesse da iniciativa privada na construção e exploração de ferrovias, não foi criado um órgão regulador. Dessa forma, a malha ferroviária se espargiu de maneira desordenada e sem planejamento, ocasionando a utilização de diferentes tipos de bitolas nos diversos trechos, o que inviabilizava a sua integração.

Além disso, os déficits orçamentários logo tornaram-se insustentáveis ao Tesouro Nacional, o que obrigou o governo imperial a reduzir os benefícios da lei, afastando

¹¹⁶ ROSTOW, Walt W., **The stages of economic growth**, Cambridge: Cambridge University Press, 1960.

¹¹⁷ O texto do decreto n. 641/1852 utiliza o termo “garantia de juro”, no lugar de “garantia de taxa de retorno”.

novamente o interesse da iniciativa privada. Com o fim de compensar esta fuga do investimento, o governo passou a participar como acionista das ferrovias privadas e a construir novos trechos. Assim, ao final de 1889, a rede ferroviária do país somava 9,5 mil km, sendo que o governo era proprietário de um terço desse total¹¹⁸.

De acordo com Newton de Castro, o modal ferroviário no Brasil passou por uma evolução institucional composta por três ciclos. O primeiro deles ocorreu no século XIX, com os primeiros investimentos no setor, promovidos pelo capital inglês, cuja principal representante é a Estrada de Ferro Santos-Jundiaí (a “Ingleza”) que desce a Serra do Mar.

O segundo ciclo se caracterizou pela nacionalização das malhas existentes.

Em diversos países, os altos custos de implantação e manutenção das ferrovias acarretaram a necessidade da aplicação de subsídios estatais após a disseminação das rodovias. Como consequência disso, até 1970, a maior parte dos serviços ferroviários do mundo estava sob gestão pública¹¹⁹. Isso garantia que os sistemas lucrassem com os ganhos de escala, fornecessem serviços voltados para o interesse da sociedade e impedia possíveis abusos que um monopolista privado poderia incorrer sobre os usuários¹²⁰.

O Estado Brasileiro, por meio de empréstimos internacionais, adquiriu as ferrovias dos particulares. Em 1929, o Estado era dono de 67% das companhias ferroviárias brasileiras e responsável pela administração de 41% da rede¹²¹. O ícone desta fase foi a criação da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) em 1957. O objetivo era integrar a malha sob uma mesma administração. O governo possuía maior controle e dispunha de instrumentos para reorganizar as malhas de ferro, equacionando problemas e realizando um planejamento global. A criação da empresa permitiu avanços no setor, como o crescimento da tonelagem transportada e o aumento da produtividade do trabalho.

Apesar dos reveses, entre 1920 a 1950, os trilhos se expandiram em mais de 8.000 km. De 1900 a 1950, a malha ferroviária cresceu 139%, passando de 15,3 mil km para 36,6 mil km. Esse avanço decorreu não apenas das vantagens naturais das ferrovias no transporte terrestre, mas também do surgimento de novas tecnologias que possibilitou a substituição de trens a vapor por veículos de tração elétrica e, em momento posterior, por motores a diesel.

¹¹⁸ CNT, O Sistema ferroviário brasileiro, p. 17–18.

¹¹⁹ POLAK, Jacob B.; HEERTJE, Arnold; BUTTON, K., **Analytical transport economics - an international perspective**, [s.l.: s.n.], 2010.

¹²⁰ CNT, O Sistema ferroviário brasileiro, p. 12.

¹²¹ CASTRO, Newton de, Estrutura, desempenho e perspectivas do transporte ferroviário de cargas, **Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 32, n. 2, p. 251–283.

Os resultados deste ciclo foram positivos, no entanto, o incentivo à indústria automobilística, com a construção – desde a década de 1920 – de rodovias pavimentadas, acabou por desviar o foco de investimentos do setor ferroviário. O sistema rodoviário passou a competir com os trilhos por recursos públicos e pelo transporte de cargas e passageiros.

Atualmente, em nosso país, o transporte rodoviário é o mais vultoso, dominando, em 2007, aproximadamente, 62% do volume de movimentação de cargas¹²².

O terceiro ciclo se iniciou em virtude das dificuldades enfrentadas pela RFFSA em virtude da carência de recursos. Os maiores problemas enfrentados pelos sistemas ferroviários estatizados era a fragmentação da malha, a prática de subsídios cruzados¹²³, os limites à competição econômica de serviços e infraestruturas, linhas férreas e estruturas trabalhistas não lucrativas. Além disso, a gestão pública gerava altos custos com a burocracia, interesses conflitantes (políticos, administrativos e institucionais) e a assimetria de informações em desfavor do Estado.

De acordo com estudo da Confederação Nacional de Transporte¹²⁴, as ferrovias representavam 90% do déficit orçamentário público na metade do século.

Na década de 1980, com a crise fiscal do Estado brasileiro, iniciaram-se os estudos para a retomada da participação do capital privado no setor. Em 1984, a dívida da Rede foi transferida para o Tesouro Nacional e foi criada a Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), responsável pelo transporte de passageiros dos grandes centros aos subúrbios. No entanto, as crises econômicas impediram que o setor se reerguesse, em virtude da escassez de investimentos.

O Transporte Ferroviário Brasileiro, portanto, foi incluído no Programa Nacional de Desestatização (PND) em 1992. Fez parte dos setores econômicos que deixaram de sofrer intervenção direta do Estado e passaram ao regime de concessão, isto é, a serem explorados por particulares.

¹²²¹²² RESENDE, Paulo Tarso Vilela De; OLIVEIRA, Marcos Paulo Valadares De; SOUSA, Paulo Renato De, *Análise do Modelo de Concessão no Transporte Ferroviário Brasileiro : a Visão dos Usuários*, **Revista ADM.MADE**, v. 13, n. 3, p. 40–59, 2009, p. 43.

¹²³ Prática de se cobrar maiores preços de um grupo de consumidores para subsidiar o consumo de outro grupo. No caso, refere-se à prática de se destinar a receita de serviços lucrativos para outros deficitários.

¹²⁴ CASTRO, Newton de, *Privatização do Setor de Transportes no Brasil*, in: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro (Orgs.), **A Privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública**, [s.l.]: BNDES, 2000, p. 227.

Em 1996, a antiga Rede Ferroviária Brasileira (RFFSA) dava prejuízo operacional de US\$ 1 milhão por dia ao Governo Federal¹²⁵. Neste contexto, decidiu-se conceder a exploração ferroviária à Iniciativa Privada. No governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, as privatizações foram priorizadas e foram realizados os leilões para a desestatização da malha. O esquema de desestatização se ergueu sobre duas bases fundamentais: a outorga, pela União, da concessão para a exploração do serviço público de transporte ferroviário e o arrendamento de bens operacionais e a venda de bens de pequeno valor pela RFFSA. As antigas superintendências da empresa foram usadas, na ocasião, como elemento de composição dos lotes de concessão.

De acordo com Demian Fiocca, ex-presidente do BNDES, citado por Resende¹²⁶, os principais motivos da concessão das malhas do país foram a busca da captação de mais investimentos privados para a recuperação, modernização e ampliação da infraestrutura. Isso proporcionou a diminuição do número de acidentes, o aumento da produção, o retorno das encomendas de equipamentos e sistemas novos, a recuperação do material degradado¹²⁷ e a conquista para o Sistema Ferroviário de um novo papel na matriz modal brasileira.

As melhorias com as concessões ao administrador privado e maiores liberdades de competição econômica ensejaram diversos benefícios para o setor como a recuperação da condição financeira das empresas, o aumento da produtividade, a superioridade da eficiência e a oferta de serviços com uma melhor qualidade.

No entanto, para evitar a expansão desordenada, tornou-se imprescindível o estabelecimento de um sistema de regulação do setor a fim de garantir a qualidade do serviço e orientar as ações com vistas ao aumento do benefício social.

Embora a lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, preveja que as concessões de serviços públicos não serão realizadas, como regra, em caráter de exclusividade¹²⁸, a lei

¹²⁵ RESENDE; OLIVEIRA; SOUSA, *Análise do Modelo de Concessão no Transporte Ferroviário Brasileiro : a Visão dos Usuários*, p. 41.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 47.

¹²⁷ Segundo a Associação Brasileira da Indústria Ferroviária (Abifer) foram fabricados apenas seis vagões no Brasil em 1996. Só entre Janeiro e Setembro de 2004, já haviam sido produzidos 3.116 vagões, fechando o ano com 4.740 produzidos. De acordo com a Associação, no ano de 2015, de janeiro até agosto, já foram produzidos pelo menos 4.000 vagões.

¹²⁸ “Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta lei”.

10.233/01, que trata dos serviços de transportes, adotou tal modelo exclusivo como padrão¹²⁹, em linha com o que já estava previsto nos contratos de concessão^{130,131}.

Portanto, no Brasil, a estrutura organizacional escolhida pelo Governo Federal para a realização das concessões foi a separação vertical, ou seja, cada concessionária ficou responsável por divisões regionais da malha, segundo o modelo monolítico de organização por linha de negócio de transporte de carga. Isto é, a concessionária responsável acumulava todas as funções: manutenção e expansão da infraestrutura, operação, controle de tráfego, comercialização dos serviços, sistemas, marketing e finanças. O principal motivo para essa agregação seria a intenção de melhor configuração operacional. Entretanto, uma pesquisa realizada pelo COPPEAD/CNT (2003) expõe que esse modelo dificulta a operação ferroviária intermodal e exige uma forte regulamentação do transporte por tráfego mútuo (entre duas concessionárias) e direito de passagem.

A concorrência entre as empresas concessionárias, no modelo monolítico de concessão, fica bastante restrita, existindo principalmente nos casos em que há pluralidade de malhas ligando mesmos pontos. Por isso, tal modelo é também chamado de Separação Vertical.

Do fato de cada ferrovia possuir um traçado próprio, não se pode inferir necessariamente que inexistente relação de competição entre as malhas, pois as condições – incluindo as comerciais – vigentes para o transporte de um determinado ponto de origem a um determinado ponto de destino podem ser tais que façam duas ou mais ferrovias aparecerem, para um conjunto não desprezível de demandantes, como canais de transporte substituíveis entre si¹³².

¹²⁹ “Art. 34-A. As concessões a serem outorgadas pela ANTT e pela ANTAQ para a exploração de infraestrutura, precedidas ou não de obra pública, ou para a prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infraestrutura, terão caráter de exclusividade quanto a seu objeto e serão precedidas de licitação disciplinada em regulamento próprio, aprovado pela Diretoria da Agência e no respectivo edital”.

¹³⁰ “Cláusula 18ª: A CONCESSÃO tem caráter de exclusividade da exploração e do desenvolvimento do transporte ferroviário de carga pela CONCESSIONÁRIA na faixa de domínio da MALHA SUL. A exclusividade não impedirá a travessia da faixa de domínio por outras vias, respeitadas as normas legais e as condições de operação da CONCESSIONÁRIA” (trecho extraído do contrato de concessão da Malha Sul).

¹³¹ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva, Tráfego mútuo e direito de passagem como instrumentos para compartilhamento de infraestrutura no setor ferroviário, *in*: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.), **Direito econômico: direito econômico regulatório**, Série GV-I. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211, 212.

¹³² RESENDE; OLIVEIRA; SOUSA, Análise do Modelo de Concessão no Transporte Ferroviário Brasileiro : a Visão dos Usuários.

A concorrência vertical é ainda mais diminuta, pois o próprio modelo de concessão se baseia na concentração em apenas uma empresa de todas as fases para o fornecimento do serviço ferroviário de uma região. A força competitiva é exercida apenas pelas indústrias importadoras e exportadoras.

Do total de 29.917 km de ferrovias brasileiras, 27.917 km foram concedidos à iniciativa privada, subdivididas em 11 malhas ferroviárias distribuídas pelo território nacional (ver figura abaixo): Malha Sul, Malha Norte, Malha Oeste e Malha Paulista (ALL – América Latina Logística), Malha Nordeste (FTL – Ferrovia Transnordestina Logística S/A), Malha da EFVM (Estrada de ferro Vitória-Minas), Malha da EFC (Estrada de Ferro Carajás), pertencente à Companhia Vale do Rio Doce, assim como a da EFVM, Malha Centro-Leste (Ferrovia Centro Atlântica), Malha Norte Sul (FNS Ferrovia Norte Sul S/A), Malha Tereza Cristina (Ferrovia Tereza Cristina) e Malha Sudeste (MRS Logística S/A). O maior ágio¹³³ foi alcançado no leilão da Malha Nordeste (37,9%). Foram considerados critérios como a existência de corredores de exportação, os eixos internos de fluxo de produtos e a natureza da carga.



Figura 5 Concessão de Malhas Ferroviárias¹³⁴

¹³³ Valor que se paga a mais do que o preço que estava previamente estipulado.

¹³⁴ Fonte: Associação dos Transportadores Ferroviários – ANTF, 2014.

De acordo com Quinet¹³⁵, as experiências na desestatização do setor foram variadas, sendo algumas de sucesso como no caso da Alemanha, Estados Unidos e Japão, e outras que acabaram por apresentar resultados inferiores, como no caso do Reino Unido.

No Brasil, a despeito da necessidade axiomática de regulamentar e fiscalizar a prestação do transporte ferroviário, o órgão regulador só foi implantado em 2001. O estabelecimento da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) possibilitou a regulamentação de penalidades e de direitos e deveres previstos nos contratos de concessão. Entretanto, o problemático compartilhamento das malhas entre as concessionárias evidenciava a necessidade premente de uma reforma no setor. Os critérios para o tráfego mútuo e direito de passagem ainda não estavam definidos pela legislação e as condições eram estabelecidas pelas próprias concessionárias. Além disso, não havia metas estabelecidas, gerando ineficiências.

Mais adiante, será esclarecido como o novo Programa de Investimentos em Logística do Governo Federal pretendeu resolver alguns dos problemas do Sistema Ferroviário Nacional.

Primeiramente, é necessário entender que diversos atores públicos são responsáveis pelo setor ferroviário brasileiro, conforme ilustrado na figura a seguir.

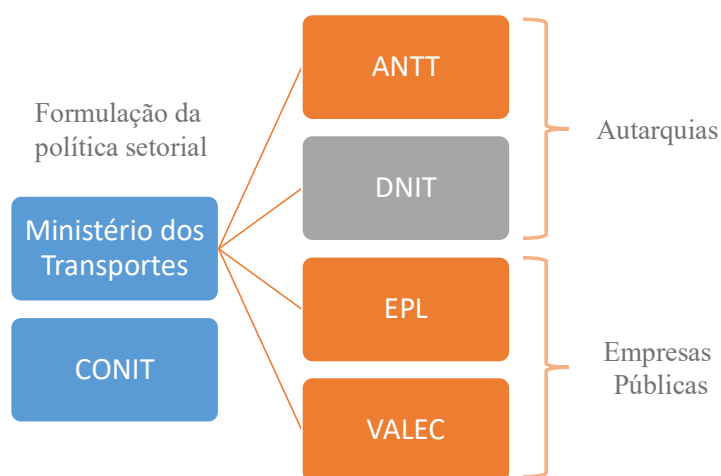


Figura 6 Arranjo Institucional do Setor Ferroviário Brasileiro¹³⁶

¹³⁵ QUINET, Emile; VICKERMAN, Roger, **Principles of transport economics**, [s.l.]: Edward Elgar Publishing Limited, 2004.

¹³⁶ TCU, Relatório de Auditoria, in: **AC-1205-18/15-P**, [s.l.]: TCU, 2015.

Todos os atores públicos participantes do sistema ferroviário nacional, com exceção do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), estão envolvidos com o Programa de Investimentos em Logística (PIL-Ferrovias).

O Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (o CONIT) é um órgão de assessoramento, criado pela lei 10.233/01 e regulamentado pelo Decreto 6.550/08, presidido pelo Ministro dos Transportes, vinculado à Presidência da República, cuja Secretaria Executiva é a EPL. Cabe a ele propor políticas de integração dos modais de transporte. Em 2008, o Tribunal de Contas da União constatou que o órgão não estava atuando de forma suficiente¹³⁷.

De acordo com o Decreto 7.717/12, cabe ao Ministério dos Transportes formular, coordenar e supervisionar as políticas nacionais de transportes ferroviário, rodoviário e aquaviário além de participar do planejamento estratégico desses modos de transporte, estabelecer diretrizes para sua implementação e definir prioridades para os programas de investimentos.

A criação da EPL (Empresa de Planejamento e Logística S/A) foi anunciada junto com o lançamento do PIL e foi formalizada pela lei 12.743/12. É uma empresa estatal que tem por finalidade estruturar e qualificar, por meio de estudos e pesquisas, o processo de planejamento integrado de logística no país, interligando rodovias, ferrovias, portos, aeroportos e hidrovias.

A ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres), criada em 2001 pela Lei 10.233, é a autarquia responsável pela regulação das atividades de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal e de prestação de serviços de transporte terrestre.

Por fim, a Valec é uma empresa pública vinculada ao Ministério dos Transportes, nos termos previstos na Lei 11.772/2008. A sua função social é a construção e exploração de infraestrutura ferroviária. Até 2012, a Valec tinha como principal responsabilidade apenas a construção de ferrovias. Porém, com o novo modelo de concessão suas competências foram ampliadas. No contexto do novo modelo, a Valec assumirá um papel de suma relevância: assumirá o risco de demanda ao pagar pelo uso de toda a capacidade da ferrovia, mesmo que parte fique ociosa¹³⁸.

Somente em julho de 2011, a ANTT publicou três novas resoluções para regulamentar o setor ferroviário. A resolução n. 3.694 estabeleceu novos direitos e

¹³⁷ TCU, AC-1034/2008.

¹³⁸ *Ibid.*

obrigações dos usuários, padrões de qualidade e penalidades. Já a resolução n. 3.695 definiu regramentos acerca do direito de passagem e de tráfego mútuo, enquanto a resolução n. 3.696 demarcou metas de produção por trecho com o objetivo de diminuir a ociosidade da malha.

De acordo com o Relatório de Auditoria realizado pelo TCU, essas resoluções já adiantavam o Programa de Investimento em Logística a ser lançado em 2012. Isto é, já abriam a possibilidade de convivência entre as antigas concessões verticais e as futuras concessões horizontais (à época ainda não incorporadas ao marco legal)¹³⁹.

De acordo com dados da Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários (ANTF) de 2014, houve aumento de 117% na produção do transporte ferroviário na rede ferroviária brasileira entre 1997 e 2007, com ganho na participação de cargas gerais. Medida em toneladas transportadas por quilômetro útil (TKU), a produção em 1997 era de 137,2 bilhões e em 2013 chegou a 297,6 bilhões (ver Figura abaixo).

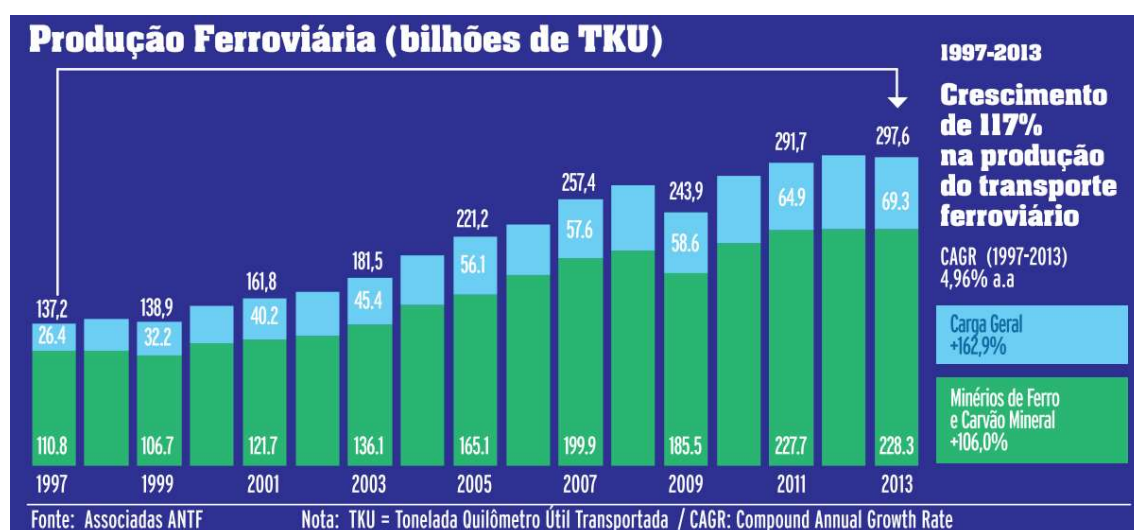


Figura 7 Produção Ferroviária (bilhões de TKU)¹⁴⁰

Em consonância com a Reforma do Estado iniciada na década de 90, o perfil do montante de investimento aplicado na malha ferroviária nacional foi gradativamente substituído, gerando a entrada de capital privado nas ferrovias. Enquanto em 1997, a União investiu R\$ 162 milhões e a iniciativa privada R\$ 412 milhões, no ano de 2011, quando os aportes atingiram praticamente seu ápice, o governo brasileiro investiu R\$ 142,7 milhões, enquanto as concessionárias aplicaram o montante de R\$ 4,596 bilhões.

¹³⁹ TCU, Relatório de Auditoria, in: **AC-1205-18/15-P**, [s.l.]: TCU, 2015

¹⁴⁰ Fonte: ANTF, 2014.

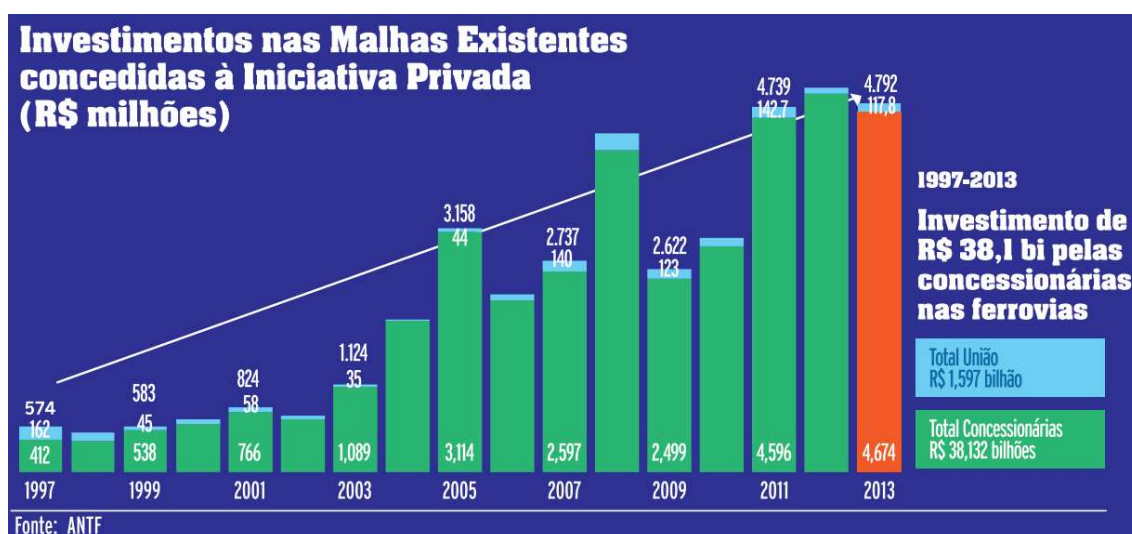


Figura 8 Investimentos nas Malhas Existentes concedidas à Iniciativa Privada¹⁴¹

Ademais, o sistema ferroviário necessita de constante aprimoramento tecnológico para não se tornar obsoleto. Novas tecnologias mais eficientes devem ser sempre incorporadas para manter a competitividade no setor. Nesse contexto, devem ser superados os obstáculos na regulamentação do setor e as barreiras para a importação de material rodante e de equipamentos do exterior para que haja uma expansão integrada da malha.

Com o fim de proporcionar diretrizes ao novo perfil do sistema ferroviário, Paulo Tarso V. de Resende (*et al.*) realizou pesquisa da satisfação das empresas usuárias das ferrovias no Brasil. Entre outras informações, concluiu que o cumprimento dos prazos representa um peso significativo para a satisfação dos clientes em relação aos serviços prestados pelas concessionárias ferroviárias.

Um dos motivos para que o tempo favoreça a maior pungência do modal rodoviário no Brasil é que as ferrovias estão transportando, principalmente, grãos, matéria-prima e itens da indústria extrativa, produtos que possuem baixo valor agregado, de alto volume e que necessitam de investimentos volumosos em infraestrutura. Nossa malha e nossa movimentação ferroviárias são muito lentas.

O principal problema mencionado pelos usuários de modo geral é o planejamento de longo prazo. Eles desejam aumentar a capacidade de transporte em 12 a 14% ao ano, mas para isso é necessário planejamento adequado e com

¹⁴¹ Fonte: ANTF, 2014.

antecedência apropriada, tendo em vista o elevado nível de investimentos requeridos pelo setor. Dada essa situação, é preciso que o poder público reveja as condições legais que regem as concessões do sistema ferroviário, e que estabeleça regras que contribuam para seu desenvolvimento¹⁴².

¹⁴² RESENDE; OLIVEIRA; SOUSA, *Análise do Modelo de Concessão no Transporte Ferroviário Brasileiro : a Visão dos Usuários*, p. 58.

6.3. O programa de investimento em logística e as pressões orçamentárias

Em agosto de 2012, o governo federal anunciou o Programa de Investimentos em Logística (PIL) que previu, para o transporte ferroviário, um novo modelo de concessão. Trata-se de um novo marco regulatório para o setor que estabelece uma separação vertical entre a atividade de fornecimento de infraestrutura ferroviária e o serviço de transporte ferroviário (*vertical unbundling*), no que se relaciona à existência ou não de concorrência.

De acordo com o Programa, a iniciativa privada obteria espaço tanto na oferta de infraestrutura quanto do serviço de transporte ferroviário, mas em ambos haveria uma participação direta do ente público. Para as atividades de expansão, manutenção e operação da malha, optou-se pela instituição de Parcerias Público-Privadas (PPPs) com o fim de financiar o investimento e dar celeridade à execução das obras de engenharia.

Outra novidade no novo modelo de operação proposto pela ANTT diz respeito à alocação do risco de demanda, cuja responsabilidade, no modelo verticalizado, era do concessionário. No novo modelo proposto, esse risco seria afastado do concessionário por meio da compra integral de toda a capacidade operacional da ferrovia por parte da Valec. Em contrapartida, o novo modelo eliminaria o risco de engenharia do Governo Federal, ao delegar a construção da linha férrea ao setor privado¹⁴³.

No entanto, a maior novidade jurídica no modelo de concessões ferroviárias seria a instituição pelo decreto 8.129/13 do regime de Livre Acesso aos trilhos.

Em oposição ao modelo de operação vigente, o novo modelo ferroviário proposto baseia-se, essencialmente, em dois pilares estruturantes: a segregação vertical da rede (*vertical unbundling*) e a adoção da política de livre acesso (*open access*):

A segregação vertical da rede (*vertical unbundling*) separa a prestação do serviço de transporte ferroviário – serviço público - da atividade de construção, manutenção e exploração da infraestrutura ferroviária – patrimônio público.

A adoção da política de livre acesso (*open access*) visa a permitir a competição entre os operadores independentes, na prestação de serviços de transporte sobre trilhos, concebidos como de uso comum, em vista da modicidade tarifária, com o objetivo de evitar o monopólio da linha por um único transportador. Com isso, várias empresas transportadoras, detentoras de equipamento ferroviário,

¹⁴³ TCU, Relatório de Auditoria, in: **AC-1205-18/15-P**, [s.l.]: TCU, 2015

poderão, simultaneamente, desenvolver atividades de transporte, na mesma linha férrea¹⁴⁴.

Esse modelo obedece às diretrizes traçadas por Calixto Salomão Filho sobre a forma ideal de tratar as *essential facilities*, tornando-as acessíveis às empresas que delas dependem.

(...) como contrapartida [à aceitação da posição dominante do controlador do bem], a sua legitimidade fica diretamente vinculada ao atendimento de uma obrigação ampla de fornecimento do bem essencial às empresas que dele dependem na quantidade necessária à sua sobrevivência. (...) A imposição de condições iníquas ou de preços desarrazoados para fornecer o bem deve ser equiparada à recusa do acesso, na medida em que ela acaba produzindo o mesmo efeito¹⁴⁵.

Para assegurar a concorrência no serviço de transporte ferroviário e o retorno das Parcerias Público-Privadas, a Valec adquiriu o direito de uso da capacidade integral de transporte nas ferrovias por meio de desapropriação ou instituição de servidão de passagem¹⁴⁶ e, através de oferta pública, iniciou a venda do direito de passagem às empresas de transporte ferroviário com o fim de garantir a modicidade tarifária e a oferta de serviço em trechos de menor demanda, dando os primeiros passos no sentido de concretizar a política de livre acesso ao Sistema Ferroviário Federal.

Esse modelo é denominado *Open Access* e já obteve sucesso em outros países (Austrália e União Europeia). Foi instituído pelas Leis 12.743/12, 12.815/13 e 12.996/14 (que alteraram a lei 10.233/01) e pelo Decreto 8.129/13, no art. 1º.

Art. 1º. Fica instituída a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal, voltada para o desenvolvimento do setor ferroviário e para a promoção de competição entre os operadores ferroviários.

Como já visto no tópico 5.3 sobre a existência de monopólios naturais em setores de infraestrutura, o setor ferroviário possui tanto atividades em que a simples

¹⁴⁴ Voto condutor do Acórdão 3697/2013-TCU-Plenário.

¹⁴⁵ MÄRKLE, Peter N., *Netzzusamenschaltung in der Telekommunikation*, Baden-Baden: Nomos, 1998. *Apud* SALOMÃO FILHO, *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*, p. 44.

¹⁴⁶ Os Decretos de 02 de junho de 2011 e de 14 de setembro de 2012 adquiriram vários municípios dos Estados da Bahia, Tocantins e Goiás.

concorrência é prejudicial, quanto, ao contrário, há atividades em que a competição não apenas é possível como desejada.

Na atividade de exploração da infraestrutura, a falha monopolística se faz presente de forma bastante rígida, já que não é possível que o agente privado que construa e arque com os custos iniciais elevados seja privado dos retornos a longo prazo. Isso inviabilizaria a formação e renovação da malha.

Por outro lado, no que concerne a atividade de operação do transporte sobre a infraestrutura já construída, não há obstáculos ao livre acesso. Muito pelo contrário, a concorrência nessa atividade é mandatória.

Especialmente nos setores de infraestrutura com falhas relacionadas à presença de monopólios naturais (...), a relação entre regulação e concorrência apresenta ainda maior complexidade, haja vista que, embora a presença da rede física implique em custos afundados elevados e retornos de escala crescente e, assim, leve à inviabilidade (econômica) da sua duplicação, os serviços explorados a partir dela podem, muitas vezes, mostrar-se competitivos¹⁴⁷.

Apesar de a instituição expressa do modelo ter sido feita por meio do decreto de 2013, as alterações realizadas a partir de 2012 na lei 10.233/01 (que dispõe sobre a Agência Nacional de Transportes Terrestres) já previam a separação das atividades de exploração da infraestrutura da operacionalização dos vagões sobre os trilhos. O art. 13¹⁴⁸ criou a figura do Operador Ferroviário Independente, “a pessoa jurídica detentora de

¹⁴⁷ SAMPAIO, **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**, p. 80.

¹⁴⁸ Art. 13. Ressalvado o disposto em legislação específica, as outorgas a que se refere o inciso I do caput do art. 12 serão realizadas sob a forma de: [\(Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013\)](#)

I – concessão, quando se tratar de exploração de infra-estrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infra-estrutura;

IV - **permissão**, quando se tratar de: [\(Redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014\)](#)

a) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros **desvinculados da exploração da infraestrutura**; [\(Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014\)](#)

b) prestação regular de serviços de transporte ferroviário de passageiros **desvinculados da exploração de infraestrutura**; [\(Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014\)](#)

V - **autorização**, quando se tratar de: [\(Redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014\)](#)

a) prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros; [\(Incluída pela Lei nº 12.743, de 2012\)](#)

d) transporte ferroviário de cargas **não associado à exploração da infraestrutura ferroviária, por operador ferroviário independente**. [\(Incluída pela Lei nº 12.743, de 2012\)](#)

e) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros **desvinculados da exploração da infraestrutura**. [\(Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014\)](#)

Parágrafo único. Considera-se, para os fins da alínea d do inciso V do caput, operador ferroviário independente a pessoa jurídica detentora de autorização para transporte ferroviário de cargas desvinculado da exploração da infraestrutura. [\(Incluído pela Lei nº 12.743, de 2012\)](#)

autorização para transporte ferroviário de cargas desvinculado da exploração da infraestrutura”, para o qual não exigiu a outorga de concessão para o exercício regular de sua atividade, mas apenas autorização ou permissão, dependendo do caso (*vertical unbundling*).

Já o art. 25 criou uma nova atribuição à ANTT: a de regular os procedimentos e condições para a cessão da capacidade de tráfego, isto é, da operacionalização do transporte sobre a infraestrutura explorada pelas concessionárias¹⁴⁹.

A regulamentação do livre acesso à infraestrutura pelos Operadores Ferroviários Independentes se fez por meio da Resolução 4.348/13, a qual, em seu art. 18, define os pressupostos para a atuação desses agentes¹⁵⁰.

Para a concretização do modelo de *Open Access*, as mudanças precisam ser implementadas, principalmente, a partir das novas outorgas, que ao invés de verticalizadas (como tradicionalmente eram feitas), deverão obedecer às novas diretrizes estabelecidas no art. 1º, Parágrafo Único, do Decreto 8.129/13, como, por exemplo, a separação entre as outorgas para a exploração da infraestrutura ferroviária e para a prestação de serviços de transporte ferroviário e o gerenciamento da capacidade de transporte do Subsistema Ferroviário Federal pela Valec, inclusive mediante a comercialização da capacidade operacional de ferrovias, próprias ou de terceiros.

Art. 3º. §2º. Para assegurar a implantação da política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal, a modicidade tarifária e a ampla e livre oferta da capacidade de transporte a todos os interessados, a Valec adquirirá o direito de uso da capacidade de transporte **das ferrovias que vierem a ser concedidas a partir da publicação deste decreto** (grifo da mestrandia).

Este dispositivo permite que sejam mantidas as outorgas anteriores, assegurando o cumprimento das antigas concessões no tocante ao atual regime de exclusividade do serviço de transporte ferroviário¹⁵¹. Com as alterações conferidas pela Lei 12.743/2012,

¹⁴⁹ Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário: ([Redação dada pela Medida Provisória nº 576, de 2012](#))

VIII - regular os procedimentos e as condições para cessão a terceiros de capacidade de tráfego disponível na infraestrutura ferroviária explorada por concessionários.

¹⁵⁰ Art. 18 - A prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas pelo OFI poderá se dar em qualquer trecho do Subsistema Ferroviário Federal e pressupõe a existência de:

I - Contrato de Cessão Onerosa do Direito de Uso de Capacidade de Tráfego firmado com a Valec; e

II - Contrato Operacional de Transporte firmado com a concessionária titular da outorga para exploração da infraestrutura ferroviária na qual se dará a prestação do serviço.

¹⁵¹ **Direito econômico: direito econômico regulatório**, Série GV-I. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 204.

O mapa a seguir¹⁵³ mostra os trechos sob responsabilidade da Valec e, portanto, as futuras concessões conforme o modelo *open access*. A apresentação do PIL Ferrovias detalhou um cronograma de desenvolvimento do programa. Para os trechos do Grupo 1 (2,6 mil km em extensão), os estudos necessários para a licitação deveriam estar prontos até dezembro de 2012, a licitação deveria ocorrer em abril de 2013 e os contratos deveriam ser assinados até julho de 2013. Para os trechos do Grupo 2 (7,4 mil km em extensão), os estudos deveriam estar prontos até fevereiro de 2013, a licitação deveria ocorrer em junho de 2013 e os contratos deveriam ser assinados até setembro de 2013¹⁵⁴. No entanto, até março de 2015, nenhuma licitação foi realizada.

FERROVIAS VALEC

POGEO | VALEC | Engenharia, Consultoria e Projetos S.A. | Ministério do Transportes | BRASIL 2014 | 50 ANOS

LEGENDA

- ★ Capital
- Estado
- Níveis, Pontos e Terminais
- Níveis
- Limite do Hemisfério
- Projeto Futuro
- Construído
- EFTSA - concluído
- Encargamento
- EFTSA em construção
- Estruturação EFTSA
- Estruturação EFTSA
- Projeto Futuro
- Intermodalidade

BR - 151 PMS - Teresopolis Nova Sul - 4.767 km
 BR - 158 PMS - Teresopolis Nova Sul - 1.577 km
 BR - 154 PMS - Teresopolis Nova Sul - 4.767 km
 BR - 154 PMS - Teresopolis Nova Sul - 4.767 km
 BR - 154 PMS - Teresopolis Nova Sul - 4.767 km
 BR - 154 PMS - Teresopolis Nova Sul - 4.767 km

que todas as empresas operadoras de transporte ferroviário que cumprissem requisitos técnicos e operacionais, estabelecidos em lei, tivessem acesso à infraestrutura ferroviária em condições objetivas, transparentes e não discriminatórias. Pelo modelo anterior, os vagões circulantes nas ferrovias (capacidade de transporte) eram operacionalizados pelas próprias concessionárias que, no caso de realizarem contratos de tráfego mútuo ou de direito de passagem, estabeleciam seus preços, promovendo algumas barreiras competitivas a operadores ferroviários independentes ou demais concessionárias.

Sem dúvida, o novo modelo de concessão de ferrovias possui maior complexidade e regulamentação (interferência do ente público) e isso, juntamente, com o aumento da quantidade de agentes pode prejudicar o funcionamento do sistema e do mercado de transporte ferroviário de cargas, encarecendo a transação e gerando ineficiências, como ocorrido no modelo britânico.

Além disso, houve o temor de um novo endividamento do Estado em caso de demanda insuficiente. A Valec (empresa pública federal) pode arcar com prejuízo superior ao volume de recursos investidos nos últimos anos pelo setor público no modal e isso afetaria as contas da União, em virtude da Lei 12.872/13 (conversão da MPV 618/13) que estabeleceu a garantia das dívidas da Valec pelo ente federal.

De acordo com relatório de auditoria realizado no âmbito de processo administrativo no TCU¹⁵⁵, observa-se que a Valec arcará com o ônus de remunerar a concessionária pelo capital investido e pelos custos fixos incorridos, independentemente das condições reais de demanda. O modelo de concessão também prevê que, durante o período de obras, a Valec antecipará o valor equivalente a 15% do total dos investimentos em bens de capital (Capex) que será abatido linearmente durante o período de operação da ferrovia.

A ideia inicial do Programa de Investimentos em Logística revolucionaria o setor de transporte ferroviário a partir dos princípios concorrenciais norteadores das novas concessões. O desmantelamento do modelo obsoleto de verticalização seria a conquista mais importante do Programa, pois abriria de uma vez por todas a concorrência para as empresas transportadoras.

Em analogia com o sistema aeroportuário, o antigo modelo verticalizado de concessões poderia ser imaginado a partir do caso hipotético e indesejável de a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO), além da exploração da

¹⁵⁵ TCU, Relatório de Auditoria, *in*: **AC-1205-18/15-P**, [s.l.]: TCU, 2015.

infraestrutura de aeroportos, detivesse as concessões do transporte aéreo. Em outras palavras, o sistema ferroviário hoje seria como imaginar o sistema aeroportuário sem a existência das empresas aéreas em concorrência. Azul, Oceanair, TAM, VGR, Total, Sete, Rio, nenhuma dessas empresas de transporte aéreo existiria. A INFRAERO seria a responsável por manter os aeroportos e transportar pessoas e cargas.

É isso o que ocorre com o Transporte Ferroviário. As empresas concessionárias detêm não apenas a exploração da infraestrutura, mas o transporte sobre suas malhas. Isso significa que a permissão de passagem por outras empresas transportadoras é livremente contratada com a detentora dos trilhos, já que a malha é como sua propriedade.

O PIL, em suas origens, objetivava o desmonte desse sistema anticompetitivo que beneficiava apenas a concentração do poder econômico das concessionárias. A Valec, após promover a construção das malhas, iria leiloar apenas a exploração da infraestrutura e deixar a operação de transportes aberta à livre concorrência, no modelo *Open access*, cabendo às empresas transportadoras apenas o pagamento de pedágio pré-estabelecido às concessionárias de infraestrutura. Tinha ambição de diminuir em 30% o valor das tarifas, alavancando de vez o desenvolvimento ferroviário no país.

A diretriz inicial que fundamentou o Programa tinha viés estruturalista e desenvolvimentista, pois definia um plano em que o Estado seria o protagonista da virada do modelo de concessões. Quebraria a lógica de concentração do poder econômico no sistema ferroviário que remonta suas origens. Colocava em primeiro plano os objetivos de revolucionar o modelo concorrencial ferroviário, em detrimento de uma segurança orçamentária. A Valec iria executar o plano de compra e venda das malhas, mesmo que, para isso, suportasse prejuízos.

Esses riscos de grandes prejuízos foram apontados pelo TCU no relatório que acompanha o Acórdão 3.697/2013-TCU-Plenário, que analisou os estudos de viabilidade da concessão do trecho Lucas do Rio Verde – Campinorte.

O Plano de Investimento em Logística (PIL) prevê a construção, nos mesmos moldes aqui definidos, de 12 trechos ferroviários, num total de 11.000 km. (...) o tamanho do déficit financeiro que será suportado pela Valec com o PIL é bilionário.

Essa soma, precisará ser paga pelo Governo Federal todos os anos, sob pena de descontinuidade do serviço na malha ferroviária nacional. Isso porque (...) a Valec (...) necessitará obrigatoriamente despender os recursos para as concessionárias contratadas que, por sua vez, compulsoriamente precisará receber aporte do Governo

Federal para zerar suas contas. Caso a Valec não possa realizar os pagamentos, as concessionárias poderão encerrar suas atividades por falta de pagamento e a malha, bem assim todo o sistema logístico de exportação baseado no setor ferroviário, correrá o risco de entrar em colapso. Em outras palavras, o modelo, da forma desenhada, requer segurança e estabilidade no fluxo de recursos públicos para que todo o sistema funcione perfeitamente, pois as consequências da não continuidade do pagamento às concessionárias poderão pôr em risco o sistema logístico que se pretende construir.

No entanto, em meio à crise política e econômica enfrentada pelo Governo Federal nos últimos semestres, a pressão acerca dos gastos públicos chegou ao ponto de fazer com que a equipe econômica, temendo os efeitos destes gastos no orçamento, retrocedesse ao modelo anterior, comprometendo profundamente o futuro do Programa. Houve pressão monetarista interna ao Governo, na figura do Ministro da Fazenda durante o ano de 2015¹⁵⁶, a maior influência contrária à implementação do Programa, nos moldes originais, pois, para economistas com visão neoclássica, em períodos de crise, o Estado deve dar prioridade absoluta ao enxugamento da máquina pública, à austeridade.

Por outro lado, setores da sociedade fazem pressão contra a arrecadação de recursos por meio de tributos, o que restringe ainda mais as opções do Governo. A instituição de um imposto progressivo, na conjuntura política conservadora do Congresso Nacional seria uma utopia jamais concretizável.

(...) uma ideologia aberta e orgulhosamente egoísta financia e fornece munição para investidas em favor da redução dos impostos pagos pelos ricos, do enfraquecimento do sistema de seguridade social e da “libertação” das empresas dos grilhões da regulação e dos litígios¹⁵⁷.

Em 2012, quando o Governo lançou a primeira versão do pacote de concessões, os trechos Açailândia-Barcarena e Estrela D’Oeste-Três Lagoas já estavam na lista de projetos. Entretanto, a iniciativa privada não demonstrou interesse. De acordo com as empresas, isoladamente, esses dois lotes tinham baixa viabilidade financeira: exigiam muito investimento e tinham potencial incerto de movimentação de cargas. Na verdade,

¹⁵⁶ Joaquim Levy, engenheiro com mestrado em Economia, de visão econômica neoclássica, deixou o Ministério da Fazenda em 15 de dezembro de 2015.

¹⁵⁷ KUTTNER, Robert, Prefácio de Richard C. Leone, presidente do *The Twentieth Century Fund*, in: **Tudo à venda: as virtudes e os limites do mercado**, São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 14.

o que sepultou de vez os planos foi a resistência geral acerca do novo modelo de compra da capacidade de transporte pela Valec¹⁵⁸.

Para a concretização do Acesso Livre, as atuais concessionárias de trilhos foram impedidas de participar dos leilões para a construção de novas ferrovias. A justificativa oficial era a de buscar promover a concorrência no setor.

O Poder Econômico que, na década de 90, conseguiu realizar a captura do Poder Político, se apropriando do aparelho estatal por preços irrisórios (com a onda das privatizações) agora vem atuando no sentido de manter as benesses do modelo obsoleto de concessão vertical da malha.

Diante do aperto orçamentário e das pressões das concessionárias, o Governo, além de voltar atrás deste impedimento à participação das concessionárias nos próximos leilões, vem cogitando passar os trechos inacabados para a conclusão pelas empresas arrematantes das obras já prontas e, como moeda de troca, **a concessão seria formalizada nos moldes tradicionais, isto é, de acordo com o modelo verticalizado de concessões**, com a transferência, além da exploração da infraestrutura ferroviária, da capacidade de transporte para o poder das concessionárias.

As empresas arrematantes dos trechos da Ferrovia Norte Sul teriam que finalizar as construções dos trechos futuros¹⁵⁹.

É interessante notar, no caso do setor ferroviário, que a busca cega e radical pela diminuição de impostos e desoneração do Estado chega ao ponto de criar contradições econômicas. As pressões políticas causadoras da persecução do equilíbrio orçamentário (grande pilar do neoliberalismo econômico) surgem, contraditoriamente, como maiores obstáculos da abertura ao Livre Mercado no Subsistema Ferroviário, pois, neste caso, a instituição do modelo de *Open access* ironicamente depende da intervenção do Estado para se tornar real. Entre os dois fundamentos do neoliberalismo (enxugamento da máquina estatal e livre concorrência), a crise econômica mundial tendeu a pressionar o Executivo Brasileiro a economizar, mesmo que isso causasse a estagnação do modal.

Ao analisar as consequências do pensamento monetarista, Thomas Piketty analisa a obra do respeitado Milton Friedman e conclui:

¹⁵⁸ AGEM, **Leilão de ferrovias muda para viabilizar Norte-Sul**, Governo do Estado de São Paulo, disponível em: <<http://www.agem.sp.gov.br/leilao-de-ferrovias-muda-para-viabilizar-norte-sul/>>, acesso em: 2 out. 2015.

¹⁵⁹ A concessionária que arrematar o trecho Palmas (TO) – Anápolis (GO), deverá finalizar a construção do trecho Açailândia (MA) – Barcarena (PA) e a que arrematar o trecho Anápolis – Estrela D'Oeste (SP), concluirá as obras entre Estrela D'Oeste – Três Lagoas.

De acordo com essa doutrina monetarista, o New Deal e sua coleção de empregos públicos e transferências sociais postas em prática por Roosevelt e pelos democratas depois da crise de 1930 e da Segunda Guerra Mundial são apenas um ledor engano, caro e inútil. Para salvar o capitalismo, não há a menor necessidade do *Welfare State* e de um governo tentacular: basta um bom Fed¹⁶⁰.

Retornando ao caso do Subsistema Ferroviário Brasileiro, se, antes da crise, o principal objetivo do Programa de Investimento em Logística seria instituir o modelo do *Open access*, após os gastos na construção da malha férrea pela Valec e instaurada a crise, o Governo desconsiderou os objetivos concorrenciais da transação e estabeleceu como finalidade última dos leilões a arrecadação.

Com a ausência de lances suficientes para cobrir as expectativas da equipe econômica e, **afim de incentivar as concessionárias com o benefício do monopólio, o Governo decidiu retornar ao modelo antigo verticalizado de concessões, abrindo mão do ponto fulcral do Programa.**

A adoção do modelo antigo de concessões para leiloar ainda este ano 1.500 quilômetros da ferrovia Norte-Sul — escolhido pela equipe econômica para reforçar o caixa do Tesouro, com pagamento de outorga (montante pago pela licença de exploração) — pode enterrar o plano desenvolvido pelo governo ao longo dos últimos três anos¹⁶¹, comprometendo princípios presentes na legislação antitruste, a eficiência econômica e o desenvolvimento nacional.

A guinada política dada na pretendida evolução no Subsistema Ferroviário Brasileiro beneficia os grupos empresariais em detrimento da qualidade e do preço do serviço fornecido para as empresas usuárias e para o consumidor final. No mercado, a mudança de rumo se encaixa perfeitamente nos negócios de dois grupos: a Valor da Logística Integrada (VLI), que tem a mineradora Vale no bloco de controle, e a América Latina Logística (ALL). A VLI já opera o único trecho privado da Norte-Sul, entre Palmas e Anápolis, que fica bem no meio do lote norte do futuro leilão. Qualquer outro grupo que vencer a disputa teria que negociar o direito de passagem dos trens com a VLI.

¹⁶⁰ PIKETTY, *O capital no século XXI*, p. 534.

¹⁶¹ FARELLO, Danilo, **Presidente da Valec critica opção pelo modelo antigo no leilão de concessões de ferrovias**, O Globo, disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/presidente-da-valec-critica-opcao-por-modelo-antigo-no-leilao-de-concessoes-de-ferrovias-16040526>>.,

Enquanto isso, a ALL se mostra como franca favorita para levar o trecho sul. Toda a carga proveniente de Goiás, Minas Gerais e Mato Grosso do Sul desemboca na malha paulista da companhia ferroviária¹⁶².

Para o Diretor de Operações e Presidente em exercício da Valec, a concessão de trechos segundo o modelo antigo restringirá a concorrência em todo o modal ferroviário. Para ele, se forem assegurados agora contratos por décadas em um regime com outorga na ferrovia Norte-Sul, não valerá a pena conceder trilhos periféricos pelo modelo aberto. Isso porque eles dependerão do eixo da Norte-Sul para ter competitividade. Na visão de Bento de Lima, o modelo híbrido, cogitado pelo governo, em que a Valec asseguraria parte do investimento, não tem viabilidade na prática¹⁶³.

Além disso, esse retorno ao modelo anterior compromete a segurança institucional, pois, em quinze anos, o Brasil teve dois marcos regulatórios, mas, com essa virada no leilão da ferrovia Norte-Sul, o Governo retroagiu ao primeiro. Isso pode inibir os investimentos da iniciativa privada, diminuindo as futuras ofertas.

Um aumento na competição no setor de transporte ferroviário recuperaria as ineficiências e revigoraria o transporte ferroviário no país.

Infelizmente, as prioridades do Programa de Investimentos em Logística foram desviadas do aprimoramento da Livre Concorrência no setor para uma arrecadação simplória aos cofres públicos, protagonizada pela Valec. As pressões neoliberais exigem que o Governo imponha freios ao progresso e priorize meros índices (critério) de crescimento econômico (finalidade avaliatórias), pondo em cheque os próprios anseios sociais.

Em qualquer escolha de critérios para finalidades avaliatórias, haveria não apenas juízos de valor, mas também, com grande frequência, alguns juízos sobre os quais não existiria total concordância. (...) A verdadeira questão é se podemos usar critérios que viessem a ter maior apoio público, para finalidades avaliatórias, do que os toscos indicadores frequentemente recomendados com argumentos alegadamente tecnológicos, como as medidas de renda real. Isso é essencial para a base avaliatória das políticas públicas¹⁶⁴.

¹⁶² AGEM, **Leilão de ferrovias muda para viabilizar Norte-Sul**.

¹⁶³ **Para fazer caixa, concessão ferroviária volta a modelo de outorga**, Jornal do Comércio, disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=195871>>, acesso em: 28 set. 2015.

¹⁶⁴ SEN, **Desenvolvimento como liberdade**, p. 112.

6.4. Uma análise comparativa de casos estrangeiros

A experiência estadunidense de privatização do setor ferroviário ocorreu na década de 1960 e foi bastante exitosa em tornar o setor mais competitivo, com maior liberdade de fixação de preços de frete. O processo estimulou a separação de serviços operacionais e de construção, dentre outros. Atualmente, a indústria ferroviária nos Estados Unidos apoia-se em empresas de frete autofinanciadas, com espaço restrito para o serviço de passageiros.

A característica que afasta os sistemas ferroviários europeus do estadunidense é a prevalência dada por aqueles ao transporte de passageiros. Na Alemanha, houve a separação de rotas regionais e nacionais de passageiros, transporte de carga e provisão de infraestrutura. A moderação nos gastos burocráticos com trabalhadores favoreceu para a recuperação financeira do setor e estimulou o desenvolvimento da competição.

No Japão, a alteração consistiu em dividir a empresa pública ferroviária *Japan National Railways* em sete áreas ao longo do território japonês. A cada região coube uma companhia responsável pela administração da infraestrutura e pelo transporte de passageiros. Apesar do significativo aumento na produtividade e na frequência do serviço, houve uma redução de linhas e aumento das tarifas para áreas menos demandadas.

Exemplo de caso em que o processo de privatização do setor ferroviário ocorrera de modo improficuo fora o britânico. Na Grã-Bretanha, revelou-se um enredo labiríntico de problemas em relação à nova estrutura regulatória que até aumentou os custos com burocracia, custos de transação e assimetria de informação do serviço. O novo sistema concorrencial atravancou eventuais ganhos com a competição econômica, por ter sido ainda mais regulamentado e intrincado que o antigo.

7. DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM SETORES REGULADOS

Conforme visto no tópico 2 (sobre as origens do subdesenvolvimento brasileiro), desde a proclamação da República, nosso país viveu um período de intensa intervenção do Estado nos rumos da Economia, principalmente nos setores de base. Essa intervenção foi imprescindível para a industrialização do país em virtude de os agentes privados ainda estarem voltados ao campo.

Em 1962, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) foi criado pela lei 4.137, num período em que o Estado Brasileiro controlava de muito perto a economia do país, tanto com medidas protetivas da econômica popular, quanto com atuação como empresário, centralizando grande parte das atividades econômicas¹⁶⁵. Dessa forma, a lei antitruste não encontrava campo material para a sua aplicação e, portanto, em virtude de sua fraca eficácia normativa, este período ficou conhecido como a “Era perdida” do direito antitruste¹⁶⁶.

Com a abertura econômica do final da década de 80 e o abandono das técnicas tradicionais de intervenção, surgiu a urgência de edição de um novo diploma normativo de proteção à concorrência. Nesse contexto, surgiu a lei 8.158/91, em meio a um hibridismo conjuntural em que a exigência de um papel centralizador das autoridades no sentido de coordenar as expectativas de uma taxa de inflação moderada convivia com as reformas liberalizantes aceleradas durante a administração Collor que carecia de regras típicas de defesa da concorrência¹⁶⁷.

É neste cenário de desestatização que emerge o atual problema da aplicação do direito da concorrência nos setores de infraestrutura no Brasil. O já existente Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) passa a atuar de forma unificada, porém juntamente com as Agências Reguladoras, causando conjecturas sobre uma possível pulverização da defesa da concorrência nos setores especializados.

Doutrinadores como Bolívar Moura Rocha e Gesner de Oliveira são contrários à ideia de fragmentação da defesa da concorrência por entenderem que os setores regulados se entrecruzam e se conectam com os demais setores econômicos e defendem a

¹⁶⁵ SILVA, Pedro Aurelio De Queiroz Pereira, Direito Da Concorrência E Regulação Dos Serviços Públicos, **REDAE. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, p. 1–24, 2005.

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Gesner, **Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo**, São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁶⁷ SILVA, Direito Da Concorrência E Regulação Dos Serviços Públicos.

manutenção do trabalho conjunto entre Agências e CADE, por meio da articulação de suas competências¹⁶⁸.

Para Patrícia Regina P. Sampaio, a atuação do CADE em prol da defesa da concorrência nos diversos setores regulados possui um risco menor de captura do Conselho do que se essa proteção fosse realizada apenas pelos entes reguladores:

(...) a entidade da concorrência, tendo uma competência transversal sobre a generalidade dos setores (regulados e não regulados) da atividade econômica, seria menos propensa à captura¹⁶⁹.

Em 1994, foi editada a lei 8.884, que conferiu mais autonomia ao CADE, transformando-o em autarquia. Ademais, o diploma introduziu outra grande inovação: o controle concorrencial preventivo, isto é, a possibilidade de análise dos atos de concentração, o que conferiu mais efetividade ao Sistema de Proteção à Concorrência. No entanto, o sistema brasileiro era um dos únicos no mundo que admitia que este suposto controle concorrencial preventivo ocorresse *a posteriori*. Isso porque os atos de concentração poderiam ser submetidos à análise do Conselho depois de já consumados, o que tornava muito dificultoso reverter um quadro já instaurado de alta concentração.

Com a promulgação da lei 10.149/00, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) passou a contar com instrumentos mais adequados de investigação, como o Acordo de Leniência e a possibilidade de realizar buscas e apreensões nas empresas, quando autorizadas pelo Judiciário.

Com o amadurecimento da democracia brasileira e o fortalecimento das instituições de proteção à concorrência, editou-se a lei 12.529/11, que é o diploma legal atualmente vigente. A norma legal transformou a estrutura do Conselho com vistas à sua simplificação. A principal mudança foi a exigência de submissão prévia de fusões e aquisições de empresas que possam ter efeitos anticompetitivos, o que contribui para fortalecer a segurança jurídica e para aumentar a agilidade das análises dos atos de concentração.

Além disso, a nova lei do CADE também inovou ao estabelecer o piso de trinta milhões de faturamento bruto da outra empresa participante no negócio, além do mínimo de quatrocentos milhões. Essa alteração busca restringir a análise do CADE apenas

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ SAMPAIO, **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**, p. 85.

àquelas operações de grande expressão e com potencial anticompetitivo, aumentando a agilidade dos processos.

A lei 12.529/11 também alterou a porcentagem das multas com vistas a uma maior adequação das penalidades.

Apesar de historicamente conhecida como “Legislação de Proteção à Concorrência”, a lei antitruste nacional protege vários bens jurídicos – função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico¹⁷⁰ – e não apenas os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência – como delimita desde o seu art. 1º¹⁷¹.

Apesar de explícitos no início do diploma normativo, os demais bens jurídicos são muitas vezes esquecidos em estudos jurídicos e isso pode ser muito prejudicial aos objetivos desenvolvimentistas da nação. Ao se estudar a incidência da Lei 12.529/11 nos setores regulados de infraestrutura ferroviária, não se deve esquecer dos demais âmbitos de proteção. Restringir as diretrizes protetivas da lei à preservação da concorrência seria um estudo simplista.

A legislação antitruste é capaz de fornecer formas muito mais criativas à infraestrutura nacional do que a sua mera abertura ao regime de livre concorrência. Seu ponto central é o aprimoramento do mercado e o aniquilamento de qualquer domínio artificial de mercado *que não seja em benefício do interesse público*. Isto é, trata-se de forte aliada em favorecer a *eficiência social* do setor de infraestrutura no país, independentemente da existência inevitável de um monopólio natural.

Ao tratar das condutas proibidas aos agentes econômicos não se atem às condutas contrárias à concorrência, mas também aquelas que prejudicam de alguma forma a *eficiência social* no setor, que pode não estar relacionada à concorrência.

Há dois tipos de normas na lei 12.529/11: aquelas que regulam os atos de concentração - e que, portanto, possuem necessária relação à concorrência – e as que regulam as condutas dos agentes econômicos – que podem ou não estarem relacionadas à defesa da concorrência.

¹⁷⁰ Estes demais âmbitos de proteção da Lei Antitruste serão, juntos, chamados neste estudo de *Eficiência Social*.

¹⁷¹ Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de **liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico**.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Atente-se, no entanto, que este trabalho não almeja realizar uma crítica à nomenclatura da lei, aceitando-a, em virtude de seu reconhecimento já consolidado. Portanto, ao se fazer referência à “legislação de proteção à concorrência” ou à “lei antitruste”, é importante que o leitor tenha em mente todo o sistema da Lei 12.529, mesmo as normas não relativas à defesa da concorrência.

Nessa linha, fica evidenciado pela redação do artigo 31 que a norma possui outras diretrizes além da proteção da concorrência. Esse dispositivo cria a possibilidade de controle autônomo de *eficiência social no mercado, independentemente da proteção ou não de Livre Concorrência*.

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, **mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal** (grifo da mestrandia).

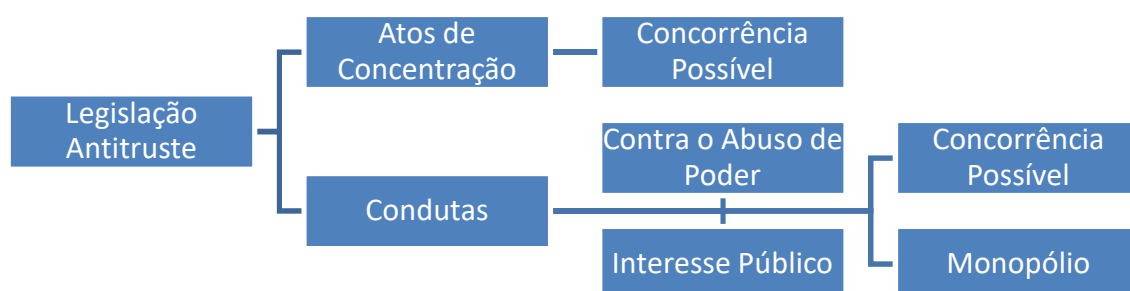


Figura 10 Esquema visual do campo material de aplicação da Legislação Antitruste

Diante do atual texto legal, qualquer que seja a conclusão a que se chegue a discussão sobre a natureza jurídica dos serviços listados no artigo 21, da CRFB, (sejam eles considerados serviços públicos, atividades econômicas, em regime de concorrência ou em monopólio) haverá o controle de eficiência social pelo Sistema “Antitruste”, com vistas a uma prestação mais alinhada ao interesse público.

Sejam prestadores de atividades econômicas, de serviços públicos ou pessoas jurídicas de direito público não poderão os agentes ou entes “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” (art. 36, I, Lei 12.529 /12); “aumentar arbitrariamente os lucros” (art. 36, III) ou “exercer de forma abusiva posição dominante” (art. 36, IV).

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

O primeiro inciso do artigo 36 da Lei Antitruste em especial pode ser aplicado até mesmo a empresas monopolistas, já que não poderá uma empresa (privada ou estatal) prejudicar a concorrência de outros setores dela dependentes, estando estes protegidos pelo Princípio Constitucional de Livre Iniciativa.

Os benefícios da aplicação da Lei Antitruste devem ser encarados como uma forma inovadora de proporcionar a máxima eficiência social da infraestrutura do mercado brasileiro e, assim, fomentar o crescimento isonômico dos sujeitos econômicos e, concomitantemente, evitar a concentração econômica.

Como consequência de toda esta análise, será demonstrado como um mercado mais equilibrado pode proporcionar uma maior concretização do direito ao desenvolvimento.

Analisa-se a aplicação da Lei Antitruste, independentemente de ser monopólio ou serviço público, como já prevê o Estatuto da União Europeia:

Artigo 106 (ex-artigo 86, TCE)

1. No que respeita às **empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos**, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18 e **101 [regras antitruste]** a 109, inclusive.

Apesar de se demonstrar que o espectro material a que a lei 12.529/11 deve ser aplicada é bem mais amplo do que se imagina, é importante se distinguir as várias finalidades da lei, pois a defesa da Livre Concorrência em si possui inúmeras limitações constitucionais, por exemplo, há a possibilidade do monopólio estatal nos termos do art. 177, em que esta proteção da concorrência não tem efeito.

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

- II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
- III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
- IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
- V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.

Note que, a lei pode ser aplicada a atividades monopolizadas, mas apenas no que diz respeito aos demais fins que não os relativos à proteção à concorrência, pois estar-se-ia diante de verdadeiro contrassenso. Isto é, a Liberdade de Iniciativa se exerce dentro dos parâmetros em que há de ser reconhecida.

Neste ínterim, é importante delimitar o âmbito de Defesa da Concorrência, reconhecendo as limitações impostas pelo *bem estar coletivo e justiça social*, fins perseguidos pela ordem econômica, os quais se relacionam com as chamadas “válvulas de escape”¹⁷² da Lei Antitruste.

Figuram, portanto, como limitadores da Livre Iniciativa, v. g., os direitos fundamentais que, na formulação da recente literatura constitucional, devem ser compreendidos também como regras *positivas* (de ação) da competência estatal, sendo este aspecto justificador de uma *concorrência possível*.

Repare que o termo “concorrência possível” pressupõe uma ponderação estatal no sentido de escolher o modelo de prestação de serviço (monopólio, delegação ou livre iniciativa) que ofereça melhor qualidade à população. O estudo esclarece, portanto, que a Lei Antitruste surge como instrumento do controle desta opção estatal, com o respaldo nos direitos fundamentais, tanto no que respeita a Livre Concorrência (mercado) quanto aos direitos dos consumidores dos serviços públicos (indivíduos).

¹⁷² Sobre as *válvulas de escape*, FORGIONI, **Os Fundamentos do Antitruste**. “Assim, percebemos que a aplicação literal do texto normativo, sem qualquer flexibilização, pode gerar efeitos opostos àqueles desejados. É necessário, então, que a Lei Antitruste contenha meios técnicos que permitam à realidade permear o processo de interpretação/aplicação das normas nela contidas. A estes meios técnicos denominamos ‘válvulas de escape’”.

Este estudo, no entanto, delimita o âmbito de aplicação da Lei 12.529/12, considerando os aspectos sociais e econômicos do caso brasileiro, bem como, os elementos normativos, tratados no artigo 31.

Tem-se que a concepção mais difundida atualmente entre os juristas, de que a Lei Antitruste se aplicaria somente a entidades exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito¹⁷³, não são sustentáveis numa sociedade em que setores de infraestrutura – às vezes considerados serviços públicos – figuram como importantes ferramentas das quais depende a efetivação de muitos direitos fundamentais, entre eles, os concorrenciais.

Ademais, será esclarecido que o argumento de que certas atividades teriam blindagem absoluta contra a Lei Antitruste, somente por serem considerados serviços públicos, é inconstitucional. Ora, o abuso do poder econômico das prestadoras de “serviço público” possui consequências muito mais devastadoras à qualidade de vida da população e, por isso mesmo, deveria ser objeto de um controle bem mais rígido.

Este estudo busca demonstrar que, em havendo atividades¹⁷⁴ cuja execução se desvie das finalidades de justiça social e bem estar coletivo, ocorrendo abuso de poder econômico, caberia o controle de legalidade, em face da Lei Antitruste, em virtude da quebra injustificada do equilíbrio do mercado, em detrimento da melhor prestação do serviço.

Além disso, tal normatização poderá servir de instrumento capaz de exigir que a qualidade dos serviços públicos prestados se coadune com os valores perseguidos pelo modelo de prestação escolhido.

Será demonstrado que, de acordo com a Lei Antitruste nacional, a diferenciação dos agentes em prestadores de serviços públicos e exploradores de atividade econômica é totalmente dispensável. Para que o ato seja contrário à ordem econômica, basta que tenha por objeto ou produza um dentre dos efeitos de seu artigo 36.

O estudo demonstra que a limitação dos agentes infratores apenas às entidades exploradoras de atividade econômica, feita pela Doutrina, não tem respaldo constitucional, pois que os casos em que agentes prestadores de serviços públicos

¹⁷³ Sobre a distinção entre atividade econômica em sentido amplo e em sentido estrito, GRAU, **A ordem econômica na constituição de 1988**. Segundo o autor, a expressão atividade econômica pode ser empregada em dois sentidos: (i) como gênero do qual é espécie até mesmo o serviço público; (ii) como espécie, ao afirmarmos que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado. Portanto, o gênero – *atividade econômica* – compreende as espécies: os *serviços públicos* e as *atividades econômicas*.

¹⁷⁴ Nesse sentido, conferir ARAGÃO, Alexandre Santos, Competências Antitruste e Regulações Setoriais, **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, p. 10, 2009.

prejudicam a livre concorrência, inclusive exercendo de forma abusiva posição dominante, são completamente possíveis e se proliferam no Brasil, em detrimento da efetivação do desenvolvimento econômico e da concreção da justiça social, expondo direitos fundamentais a injúrias inaceitáveis.

Dentro do contexto das flexibilizações do texto legal, analisou-se o tema da possibilidade dos monopólios naturais¹⁷⁵ e seu controle pelo Estado, inclusive como serviços públicos, esclarecendo os inúmeros benefícios que a Lei Antitruste traria a tais situações.

Nos itens anteriores, foram explicitados os efeitos prejudiciais de uma infraestrutura deficitária para a concreção de direitos consumeiristas e concorrenciais no Brasil, demonstrando-se que o bom funcionamento dos serviços públicos de infraestrutura é indispensável para a existência de condições efetivas para a livre concorrência, sendo inafastável do âmbito de aplicação da Lei Antitruste.

No que tange ao aprimoramento da infraestrutura férrea, surgiu uma política pública de abertura de uma das atividades do setor à livre concorrência: o Programa de Investimento em Logística.

A mudança de foco do Programa de Investimento em Logística no Setor de Infraestrutura Ferroviária, anunciado em 2012 pelo Governo Federal, reacendeu a análise das interações existentes entre os sistemas regulatório e de proteção à concorrência e abre espaço para se repensar os papéis da Agência Nacional de Transportes Terrestres e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

O ambiente político-econômico que determinou a passagem de setores econômicos (que antes eram controlados diretamente pelo Estado) à iniciativa privada ao mesmo tempo que gerou a atuação dos entes reguladores, criou o choque entre Regulação e Defesa da Concorrência, personificadas respectivamente pelas Agências Regulatórias e CADE.

A necessidade de regulação de alguns dos serviços transferidos à iniciativa privada evidencia a peculiaridade de determinados setores econômicos, os chamados setores regulados cuja influência sobre outros agentes econômicos é tão pujante que são tratados como serviços públicos, pois demandam sua submissão aos princípios da Universalização e da Continuidade de sua Prestação que transpassam a atividade administrativa.

¹⁷⁵ Sobre os monopólios naturais, ver PINHEIRO, Armando Castelar, **Direito, economia e mercados**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

Conforme exposto anteriormente, no Tópico 4 sobre a definição dos serviços públicos, tais setores são conhecidos como atividades econômicas de utilidade pública que podem ser regidas tanto pelo Direito Público (serviços públicos) quanto pelo Direito Privado (atividades econômicas em sentido estrito), dependendo de seu regime constitucional. No entanto, como já foi explicitado, a Legislação Antitruste poderá ser aplicada tanto a serviços públicos quanto a atividades econômicas indiscriminadamente, (art. 31, Lei 12.529/11).

Para parte significativa dos doutrinadores em Direito Econômico, a legislação antitruste só seria aplicada quando a Concorrência for possível. Nesta pesquisa, evidenciou-se que, mesmo em situações de monopólio, a Lei 12.529/11 poderá ser utilizada no que tange aos seus elementos não concorrenciais com o intuito de promover a Eficiência Social e a Probidade no setor.

A peculiaridade desses setores restou evidenciada no caso da desestatização de gás canalizado analisada pelo CADE, como observa Floriano de Azevedo Marques¹⁷⁶:

Em setores como este, a regulação econômica não pode se pautar apenas pelo prisma da competição. Os interesses da sociedade (os móveis da regulação estatal) enredados nessa atividade não são exclusivamente traduzidos por critérios de eficiência econômica tais como redução de custos e livre opção pelos usuários.

Também Celso Campilongo esclarece a peculiaridade da aplicação da Legislação Antitruste aos setores regulados, reconhecendo que não tem lugar a aplicação seca do direito antitruste quando finalidades setoriais estiverem em jogo. A adjudicação da concorrência não pode comprometer tais metas setoriais, mas aperfeiçoa-las.

Por outro lado, no caso em questão, de mudança de diretriz do Programa de Investimento em Logística, é questionável se a decisão da equipe econômica em regredir ao modelo monolítico verticalizado obsoleto se pautou nas diretrizes regulatórias dos serviços públicos. No caso em questão, a deliberação, além de ser contrária à concorrência no setor, parece ir contra os princípios administrativos e o desenvolvimento nacional. Ou seja, não guarda correspondência com as diretrizes econômicas constitucionais estabelecidas em 1988.

¹⁷⁶ MARQUES, Floriano de Azevedo, Universalização de Serviços Públicos e Competição: o Caso do Gás Natural, **Revista do Ibrac**, v. 8, n. 4, p. 101, 2001.

7.1. CADE x Agências reguladoras: conflitos de competência

A discussão central que se deve explorar para a correta delimitação das competências do CADE e das Agências Reguladoras é sobre o conflito entre o papel das políticas públicas e o da autorregulação do mercado. Como foi visto no capítulo sobre a Ordem Econômica Brasileira, o constituinte de 1988 intentou abarcar tanto o Planejamento Econômico (concretizado por meio de políticas públicas) quanto a Livre Iniciativa e a Livre Concorrência (pressupostos de um mercado livre).

De acordo com Elizabeth M. M. Q. Farina¹⁷⁷, as políticas públicas podem estimular ou inibir a concorrência, às vezes de forma consciente, às vezes de forma involuntária. Em alguns casos, a concorrência parece estar em conflito com outros objetivos das políticas públicas. Nestes casos, o legislador pode e deve explicitar os objetivos conflitantes e fazer uma escolha, que pode ser de grau, pode ser a hierarquização dos objetivos ou mesmo o abandono de um dos objetivos em favor de outro, considerado mais importante.

No entanto, para a Farina, há casos em que esta escolha não está explícita: os efeitos sobre a concorrência de determinadas políticas não são desejados nem previstos pelo legislador ou pelo agente público.

No caso em pauta neste estudo, o PIL-Ferrovias (em sua primeira fase) tem a natureza de uma política pública que estimularia a concorrência no setor ferroviário, no que tange às atividades de transporte. A guinada na segunda fase do programa, que pretende novamente restringir a concorrência, não foi devidamente justificada. Os agentes institucionais sequer explicitaram os objetivos a serem perseguidos com essa restrição.

A organização do trabalho entre os entes regulatórios e a Autoridade de Defesa da Concorrência deve visar à concretização do direito ao Desenvolvimento Econômico que, além de respeitar os objetivos gerais do Estado (por meio das ingerências das Agências Reguladoras, busque uma maior eficiência social no setor por meio da aplicação da Legislação Antitruste, relativamente tanto aos aspectos concorrenciais tanto aos não concorrenciais).

Periodicamente, no âmbito internacional, a Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) divulga orientações sobre as melhores práticas

¹⁷⁷ FARINA, Elizabeth M. M. Q.; NUNES, Rubens, Regulação e defesa da concorrência: de onde viemos para onde vamos - o desafio da defesa da concorrência no Brasil do século XXI, *in: O Brasil do século XXI - Volume 1*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 361.

de defesa da concorrência, baseadas nas experiências já concretizadas no mundo. Apesar de os documentos sempre destacarem que se deve respeitar as peculiaridades históricas e constitucionais de cada país, essas orientações podem servir de guia às políticas de nações desenvolvidas e em desenvolvimento.

Em 2005, a UNCTAD divulgou o documento “melhores práticas para a definição das respectivas competências e segmentação de casos envolvendo a ação conjunta de autoridades de defesa da concorrência e entes regulatórios”¹⁷⁸, no qual expôs alguns princípios que devem conduzir a relação entre concorrência e regulação. O princípio chave seria o da Subsidiariedade do qual se infere que “todo modelo de regulação deve ser implementado a nível de uma política que traga alguma afetividade regulatória”¹⁷⁹, caso contrário, nenhuma restrição à concorrência seria justificável, levando em conta uma ponderação adequada entre eficiência econômica, objetivos sociais e legitimação democrática.

O documento traz ainda as “orientações da OCDE [Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico] para a repartição de competências entre autoridades reguladoras e de defesa da concorrência”, cujo item 11 trata especificamente de setores sujeitos à recente desestatização. Segundo ele, a OCDE pondera:

(...) a regulação deve ser restringida e não renovada, a menos que a Agência de Defesa da Concorrência acredite ser justificável em virtude de um Poder Econômico persistente; deve-se refletir sobre a necessidade de tolerar regulação em mercados em que a concorrência é viável, e mais uma vez a agência de defesa da concorrência pode ser muito útil a esta determinação¹⁸⁰.

Para orientar a divisão de trabalhos entre agências reguladoras e autoridades de defesa da concorrência, com base em experiências internacionais, afim de buscar

¹⁷⁸ UNCTAD, V UN Conference to review all aspects of the set of multilaterally agreed equitable principles and rules for the control of restrictive business practices, in: **Best practices for defining respective competences and settling of cases which involve joint action of competition authorities and regulatory bodies**, Antalya: ONU, 2005, p. 12.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 11. “...the principle of subsidiarity, which in this context holds that any particular form of regulation should be carried out at the level of governance consistent with regulatory effectiveness”. “...the principle of subsidiarity should keep regulation at the level of governance consistent with the achievement of regulatory effectiveness that takes into account an appropriate balance of economic efficiency, social objectives and political legitimacy”.

¹⁸⁰ “Economic regulation, especially that being applied to markets in the process of liberalization, should be subject to sunset and should not be renewed unless the competition agency believes that is justified by continued market power; thought should also be given to requiring regulatory forbearance in any market which is workably competitive, and once again the competition agency could usefully be involved in that determination”.

melhores resultados em prol do desenvolvimento, a UNCTAD publicou uma lei modelo de defesa da concorrência, segundo a qual toda legislação concorrencial deve ter um capítulo específico dedicado à interação entre essas autoridades¹⁸¹.

Porém, como explica Sampaio, embora agências reguladoras e autoridade de defesa da concorrência convirjam acerca do fim último que é o desenvolvimento dos setores em pauta e, conseqüentemente do país, os meios utilizados para a consecução deste fim se distinguem em cada esfera:

Seus instrumentos [de agências reguladoras e CADE], no entanto, são bastante distintos: enquanto as autoridades de regulação econômica costumam agir por meio de um controle direto sobre preços, quantidades, acesso ao mercado (condições de entrada e saída) e qualidade dos serviços prestados, os órgãos de defesa da concorrência almejam promover tais finalidades de forma indireta, por meio¹⁸² ‘da preservação de um processo que tende a efetivá-los’.

A legislação proposta pela UNCTAD levou em consideração tais peculiaridades de postura das autoridades concorrenciais e regulatórias. Sampaio esclarece que a regulação é voltada à determinação e monitoramento do comportamento dos agentes econômicos e, portanto, é mais prospectiva, persuasória dos comportamentos desejados. Já a autoridade concorrencial atuaria de forma mais pontual e *a posteriori*, para dissuadir o agente econômico de praticar atos anticompetitivos, somente em caso de desvio de conduta do agente econômico¹⁸³.

Em razão de sua peculiaridade, de acordo com Sampaio, a regulação exigiria um fluxo maior e contínuo para a autoridade, enquanto a atuação concorrencial demandaria apenas informações casuísticas, muitas vezes baseadas em acusações formuladas por interessados (concorrentes, fornecedores, consumidores).

¹⁸¹ UNCTAD, VI UN Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, *in*: **Model Law on Competition - Chapter VII: The relationship between competition authority and regulatory bodies, including sectoral regulators**, Geneva: ONU, 2010.

¹⁸² SAMPAIO, **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**, p. 84.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 88.

Além disso, segundo Sampaio, o documento da UNCTAD que a regulação técnica e econômica¹⁸⁴ seria atribuição da agência reguladora, enquanto à autoridade antitruste caberia a defesa da concorrência.

Reconhece a autora, no entanto, a dificuldade da separação estanque entre regulação e defesa da concorrência, em virtude do grande número de pontos de contato entre os dois campos normativos.

(...) decisões sobre a regulação técnica podem afetar a intensidade com que será possível o desenvolvimento da concorrência em determinado setor (p. ex., normas regulatórias que disponham sobre acesso). Por outro lado, decisões concorrenciais podem ter consequências sobre a dinâmica do mercado regulado que não teriam sido introduzidas pela autoridade regulatória¹⁸⁵.

Da mesma forma que a existência inevitável de monopólio natural não significa necessariamente o total afastamento da legislação antitruste e da persecução da eficiência social, a abertura de um setor à concorrência, não significa o fim de qualquer regulação na atividade respectiva.

Para a implementação do Princípio da Subsidiariedade – responsável pela restrição do uso da regulação –, a UNCTAD recomenda a aplicação dos princípios da Transparência, do Devido Processo, da Advocacia da Competência e da Proporcionalidade.

A Autoridade de Defesa da Concorrência precisa ter acesso de forma transparente às barreiras regulatórias à concorrência previamente à sua adoção, principalmente no que se refere aos setores da infraestrutura, com o objetivo de fiscalizar se a regulação está criando ou reforçando barreiras à entrada ou criando condições favoráveis a determinados agentes econômicos em detrimento de outros (discriminação)¹⁸⁶.

O capítulo VII da lei modelo de defesa da concorrência – publicada pela UNCTAD – considera como valiosa a implementação nas agências reguladoras da Advocacia da Concorrência com a finalidade de assegurar que o regime regulatório

¹⁸⁴ De acordo com Sampaio, a regulação econômica seria mais relacionada à adequação da estrutura física quanto à segurança, finalidade a que se propõe e proteção ambiental. Já a regulação econômica seria concernente à medidas relativas a preços e quantidades ofertadas.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 90.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 89.

estabelecido nos setores recém privatizados produza os resultados esperados em termos de aumento de eficiência¹⁸⁷.

Para as finalidades deste estudo – que almeja utilizar as pesquisas e conclusões da doutrina e organismos especializados em defesa da concorrência nos setores regulados para solucionar os problemas na implementação do PIL Ferrovias –, é interessante notar que a UNCTAD considera necessário incentivar uma cooperação cada vez mais próxima entre autoridades reguladoras e concorrenciais, com especial ênfase à construção de políticas públicas coerentes¹⁸⁸.

O sucesso da atuação conjunta entre autoridades reguladoras e concorrenciais depende, em grande medida, do acesso tempestivo às informações e da consulta prévia entre as autoridades reguladoras setoriais e de defesa da concorrência sobre questões relativas a uma delas com impacto na área de especialização da outra¹⁸⁹.

No caso em pauta, não houve coerência na mudança de posicionamento pelos agentes institucionais a respeito da livre concorrência. O regresso ao tradicional modelo verticalizado de concessão em detrimento do livre acesso aos trilhos restringe de forma injustificada e obscura a competitividade no setor.

Nesse sentido, o TCU constatou que não há registro das principais decisões relativas ao PIL Ferrovias. Os fundamentos técnicos e discussões que subsidiaram alguns dos processos decisórios mais relevantes do Programa não foram explicitados em registros, estudos técnicos, pareceres, atas de reuniões ou quaisquer outros instrumentos formais. Esses processos decisórios referem-se principalmente à escolha do modelo de operação e à modelagem tarifária baseada na compra e venda da capacidade operacional pela Valec. A política não apresenta nenhum documento formal que contenha a definição das competências e atribuições dos órgãos envolvidos, bem como as fases para sua implantação, com a sequência e delimitação de ações ao longo do tempo.

Nesse contexto, é necessário que o Ministério dos Transportes atue para aumentar o nível de institucionalização da política pública sob análise. Para tanto, é pertinente a elaboração de uma matriz de responsabilidades e a adoção de providências com vistas a

¹⁸⁷ UNCTAD, VI UN Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, p. 7.

¹⁸⁸ UNCTAD, V UN Conference to review all aspects of the set of multilaterally agreed equitable principles and rules for the control of restrictive business practices, p. 7.

¹⁸⁹ *Ibid.*, “A key element of this cooperation is the timely exchange of information and prior consultation between sector regulators and competition authorities on issues that impact on one another’s areas of specialization”. p. 7–8

formalizar os elementos que compõem o processo de tomada de decisões adotadas no PIL Ferrovias.

Com este pensamento, Sampaio conclui haver limites necessários ao campo de atuação da regulação que devem ser respeitados, assim como condicionamentos para que a autoridade reguladora se erga contra a liberdade concorrencial em um setor:

(...) somente deve haver regulação impositiva e substitutiva do mercado quando o conteúdo da norma satisfizer os critérios acima [relativos ao Princípio da Subsidiariedade] e, em especial, atender aos elementos que compõem o princípio da proporcionalidade. Essa conclusão é diretamente aplicável a questões relacionadas à concorrência, tais como regulações restritivas de competição em preços ou limitadoras da quantidade de agentes econômicos admitidos no mercado ou de produtos a serem produzidos¹⁹⁰.

A pesquisa realizada demonstrou a confluência de três espectros axiológicos que devem ser evidenciados para que Agência Reguladora e CADE cheguem a uma maior concretização constitucional no setor de infraestrutura. O primeiro deles seria o **respeito à política pública do setor**. O segundo e o terceiro seriam os decorrentes da atual legislação antitruste: **a defesa da concorrência**, nos casos em que constitucionalmente se aplique, e a **busca pela eficiência social do mercado**, que deve ser empreendida tanto nas situações de monopólios quanto em ampla concorrência.



Figura 11 Divisão de Competência entre Agências e CADE

¹⁹⁰ SAMPAIO, **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**, p. 91.

Para Farina¹⁹¹, nos setores regulados em que a concorrência é possível, o ente regulador enfrenta objetivos conflitantes: fomentar a concorrência, para ter preços e qualidade melhores para o consumidor, e atrair investimentos, prometendo retorno e riscos atrativos.

Este choque de finalidades muitas vezes demanda uma certa organização institucional das competências regulatória e de defesa da concorrência, a qual depende dos aspectos constitucionais, políticos, econômicos e sociais de cada país e das peculiaridades de cada setor.

São muitas e diversas as tentativas de categorização de possíveis modelos de organização de competências entre autoridade de defesa da concorrência e entes reguladores. De acordo com a classificação proposta por Clève e Reck¹⁹², haveria quatro hipóteses de articulação das competências das agências reguladoras e da defesa da concorrência: a *da articulação complementar* (que atribui funções distintas às autoridades, inclusive de natureza procedimental), a *da articulação supletiva* (em que a autoridade de defesa da concorrência só atuaria quando a agência reguladora não exercesse funções de defesa da concorrência), a *da articulação concorrente* (em que as autoridades concorrem na aplicação de ambos os microordenamentos regulatório e de defesa da concorrência) e *da articulação por coordenação* (em que a decisão final cabe a uma autoridade, mas se subordina ao dever de consultar previamente a outra).

Para Gesner Oliveira¹⁹³, haveria cinco possíveis arranjos institucionais: o de isenção antitruste, o de competências concorrentes, o de competências complementares, o da regulação antitruste e o da desregulação.

De acordo com o *modelo de isenção antitruste* proposto, ao mesmo tempo que as normas setoriais têm prevalência sobre as normas concorrenciais, caberia aos entes reguladores a aplicação da legislação antitruste, pois à autoridade de defesa da concorrência seria vedada a atuação nos setores regulados.

De maneira distinta, os setores adotantes do *modelo de competências concorrentes (ou sobrepostas)* permitem que tanto as autoridades reguladoras quanto as de defesa da concorrência apliquem a legislação antitruste. Elas, portanto, *concorrem* na responsabilidade de defender a concorrência no setor.

¹⁹¹ FARINA; NUNES, Regulação e defesa da concorrência: de onde viemos para onde vamos - o desafio da defesa da concorrência no Brasil do século XXI.

¹⁹² CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld, A Constituição Econômica e a Interface entre regulação setorial e antitruste no direito brasileiro, **Revista do Ibrac**, v. 16, n. 1, 2009, p. 117–118.

¹⁹³ OLIVEIRA, **Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo**, p. 65.

Diferentemente, no *modelo de competências complementares*, cabe aos entes reguladores apenas a regulação técnica e econômica, enquanto que as autoridades concorrenciais aplicam com exclusividade a legislação de defesa da concorrência.

No *modelo de regulação antitruste*, confia-se à autoridade de defesa da concorrência a aplicação tanto da legislação antitruste quanto das normas regulatórias, dando-se prevalência à primeira.

Já no *modelo de desregulação*, o setor é regido unicamente pela legislação antitruste, afastando-se da regulação técnica e econômica.

Em 1997, a edição da Lei Geral do Setor de Telecomunicações (Lei 9.472) trouxe uma tentativa de sistematização das competências entre a Agência Nacional de Telecomunicações (a ANATEL) e o CADE, optando-se por um esquema semelhante ao *modelo de competências complementares* proposto por Gesner Oliveira, o qual confia aos entes reguladores exclusivamente as tarefas de regulação técnica e econômica, enquanto a aplicação da lei antitruste fica sob os cuidados da autoridade de defesa da concorrência, não havendo a sobreposição de competências. Assim como a maior parte da doutrina e legislação, desconsiderou a função de buscar a eficiência social do mercado, independentemente da existência ou não de concorrência possível, e opôs apenas os espectros regulatórios e concorrencial.

É relevante entender que, independentemente de se dar ênfase à defesa da concorrência ou ao direcionamento a uma política pública, as atividades econômicas devem buscar uma eficiência alocativa relacionada aos fundamentos de bem-estar social presentes em nosso texto constitucional, como esclarece Daniel Goldberg:

(...) a abordagem welfarista (...) pressupõe que o bem-estar deve ser o critério a partir do qual políticas públicas são construídas e avaliadas. Assim, adotar o direito como um instrumento dessas políticas públicas exige uma análise funcional ampla: é preciso que cada instituto, norma ou decisão seja examinado à luz de seus efeitos concretos sobre o bem-estar. Depois dessa etapa, é necessário ao intérprete/aplicador do direito passar a um segundo passo de análise (...) [no qual] o intérprete/aplicador realiza, necessariamente, uma análise institucional comparativa. Assim, se o objetivo é alcançar a eficiência alocativa, não basta identificar falhas de mercado. É necessário estabelecer que o arranjo institucional alternativo é superior àquele que falhou, sob pena de que bem-estar e

riqueza sejam, uma vez mais, destruídos. É preciso *decidir quem decide*¹⁹⁴.

Atribuiu-se, pela lei 9.472/97, à ANATEL os papéis antes concernentes à antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE)¹⁹⁵ e à Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda.

A ANATEL, portanto, no exercício de sua competência antitruste, deve analisar atos de concentração e condutas sob a ótica da Lei 12.529/11, averiguando os aspectos regulatórios envolvidos no caso concreto que possam eventualmente acarretar exceções às normas concorrenciais. Já o CADE deverá avaliar os impactos concorrenciais, sem se subordinar a questões regulatórias¹⁹⁶.

Apesar de, nos demais setores regulados, as competências do CADE terem se mantido inalteradas, nada impede o auxílio instrutório das agências reguladoras com relação às operações verificadas em seus domínios.

Nos demais setores econômicos, como no ferroviário, os atos de concentração são previamente autorizados pela Agência Reguladora, o que não afasta o seu controle posterior pelo CADE. A primeira aprovação exigida é dada pelo ente regulador e leva em conta o arcabouço regulatório específico do setor. A segunda aprovação é a dada pelo CADE e se relaciona à Legislação Antitruste.

Já no que diz respeito às condutas dos agentes econômicos, não há ordem determinada. Os controles realizados pela Agência Reguladora (em âmbito setorial) e pelo CADE (na esfera concorrencial) são independentes. Para Celso Campilongo, não se trata de *bis in idem*, pois um mesmo comportamento pode ser ilícito em várias searas. “A punição na esfera setorial não afasta a verificação de sua ilicitude no âmbito antitruste”¹⁹⁷.

Um exemplo citado por Paula A. Forgioni de conduta apenada duplamente – tanto pela Lei da Concorrência quanto pela 9.279/96 – é o do suborno de um dirigente de empresa concorrente.

No entanto, os pressupostos para a repressão dos comportamentos, são diferentes em âmbito setorial e no CADE. A Agência Reguladora punirá condutas ilícitas previamente tipificadas, decorrentes de normas gerais e abstratas e de aspectos prudenciais do setor. Já a Autoridade de Defesa da Concorrência fará a análise de

¹⁹⁴ GOLDBERG, Daniel, **Poder de compra e política antitruste**, São Paulo: Singular, 2006, p. 133.

¹⁹⁵ Nos demais setores, os papéis concernentes à antiga Secretaria de Direito Econômico, de acordo com a lei 12.529/11, são do CADE.

¹⁹⁶ SILVA, Direito Da Concorrência E Regulação Dos Serviços Públicos.

¹⁹⁷ Ato de concentração n. 08012.006762/2000-09.

eficiências, considerando a possibilidade de não aplicação da sanção se houver a ocorrência de alguma válvula de escape que flexibilize o sistema normativo.

A aplicação da lei antitruste aos setores regulados – em complementariedade com o controle regulatório e até mesmo de forma conjunta com este – já é bem reconhecida no âmbito de julgados no CADE.

Marcelo Calliari reconhece que mesmo dentro de um regime regulatório adequadamente instituído e aplicado, é possível que empresas, naquelas condutas não reguladas (*id est*, na margem de opção), pratiquem infrações à concorrência (ex. empresas sujeitas ao regime de tarifas máximas que fixam, em cartel, um mesmo preço). Além disso, há também que os agentes regulados pratiquem atos contrários à regulação, violando também o direito da concorrência.

Neste caso, aplicar-se-iam as normas e eventualmente punições previstas em ambos sistemas normativos. Essa interrelação entre a regulação e a concorrência pode vir expressa, como ocorre, por exemplo, na lei 9.472/97, que criou a ANATEL, ou não, mas sempre existe, de forma a assegurar que tais mercados operem de acordo com os princípios informadores da Ordem Econômica previstos na Constituição”¹⁹⁸.

Ao CADE é possível a realização do controle administrativo de defesa da concorrência e da eficiência social dos setores regulados, ao lado da atuação judicial. Isto é, se, após adotadas as medidas administrativas, a Agência Reguladora não se adequar à Legislação Antitruste, o Conselho poderá desenvolver uma articulação “pacífica” com o ente setorial e, eventualmente, contestar judicialmente as posturas regulatórias que contrariem o direito antitruste.

A jurisprudência do CADE vem evoluindo não apenas no sentido de deslindar conflitos entre as normas emitidas pelo ente regulador e a legislação antitruste, mas também tem admitido o preenchimento lacunas regulamentares eventualmente deixadas pelas agências ou a substituição de normas omissas ou contraditórias que ameacem a ordem concorrencial ou de eficiência social. Trata-se de uma *competência residual* em matéria de regulação.

Neste sentido, Antônio Fonseca se pronunciou na Representação 07/93:

¹⁹⁸ Processo Administrativo n. 08000.002605/97-52.

(...) institucionalmente o setor de transportes é regulamentado, no entanto o regulamento federal é precário e desatualizado. (...) A situação é propícia à formação de grupos, com forte poder de influência junto ao Governo, que podem operar das mais variadas formas, incluindo a divisão de mercados, em detrimento de outros agentes. Há, portanto, um problema de regulamentação que gera também uma questão de concorrência. (...) a jurisprudência atual do CADE é no sentido de que **existe uma competência residual da agência de concorrência, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revela inerte ou relapsa na supervisão e aplicação (*enforcement*) do regulamento.** (...) A atuação dos órgãos de defesa da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente, se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritivas da concorrência e pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulamentação (grifos da mestrandia).

O voto vogal do ex-conselheiro delineia claramente os dois eixos de atuação do Conselho: o da punição de agentes envolvidos em práticas restritivas da concorrência e o de *constranger o órgão regulador a adotar as medidas adequadas*. Seria, portanto, exigido do CADE que preenchesse as imperfeições do setor regulador, atuando diante de problemas concretos a ele trazidos.

Essa atuação mais presente do CADE junto às Agências Reguladoras nos setores regulados seria mais uma forma de controlar influências políticas desarrazoadas que prejudicassem a livre concorrência e a eficiência social na economia, como a resistência dos agentes institucionais em promover a abertura do setor ao livre acesso, quando form possível, de acordo com Sampaio:

(...) a regulação tenderia a se perpetuar, mesmo quando o avanço tecnológico já não justificasse medidas tão intervencionistas, inclusive porque o regulador desejaria preservar a sua função e manter o seu cargo. Assim, dificilmente o regulador seria partidário de uma política que buscasse reduzir suas competências, substituindo-as pela atuação unicamente da entidade concorrencial. Seria uma espécie de reserva de mercado do regulador¹⁹⁹.

A partir da experiência do Reino Unido, Tony Prosser, no entanto, esclarece a importância da atuação das agências reguladoras em setores de livre acesso e livre

¹⁹⁹ SAMPAIO, *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*, p. 86.

concorrência, observando que “a regulação não termina com o fim do monopólio”. Considera que:

(...) a criação de mercados envolve a criação de subestruturas de normas e outras instituições e de disposições normativas. Algumas delas são ‘mercado-constitutivas’, no sentido de que não podemos imaginar um mercado em funcionamento sem elas; outras são designadas para criar um campo de nível proverbial, como as contínuas proibições de preferências ou discriminações indevidas por uma firma dominante²⁰⁰.

No caso do Subsistema Ferroviário Brasileiro, fica evidente que, para a abertura do mercado de operacionalização do transporte ao livre acesso dos trilhos, faz-se necessária a atuação neste sentido dos agentes institucionais responsáveis, inclusive da ANTT. Para Prosser, “a regulação tem um papel importante na criação de mercados; e esse não é apenas temporário, pois essas e outras normas pró-competitivas necessitam de constante policiamento”.

Segundo Lebbos²⁰¹, o aspecto positivo do *modelo de isenção antitruste* é que, ao menos em tese, evitaria contradições na adoção de políticas públicas, privilegiando a concorrência. O que, no caso do Subsistema Ferroviário em estudo, não ocorreu de tal forma, já que a captura dos agentes institucionais pelo poder econômico das tradicionais concessionárias fragilizou os fins políticos perseguidos pelo PIL Ferrovias.

Por outro lado, Sampaio ressalva que, além de se elevar o risco de captura da autoridade reguladora em virtude da redução do número de entidades fiscalizadoras do setor regulado, o ente regulador não possui expertise técnica acerca dos institutos típicos de defesa da concorrência²⁰².

Já no que tange o *modelo de competências concorrentes*, Marques, Simões de Almeida e Forte observa a eventual existência da prática de *fórum shopping*, isto é, a possibilidade de escolha pela empresa da autoridade que favorecerá às suas demandas,

²⁰⁰ PROSSER, Tony, Theorising utility regulation, *The Modern Law Review*, v. 62, n. 2, 1999, p. 197.

²⁰¹ LEBBOS, Carolina Moura, Divisão de competências e articulação entre reguladores setoriais e órgãos de defesa da concorrência, *in*: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Orgs.), **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**, Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 225.

²⁰² SAMPAIO, **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**, p. 99.

o que aviva o risco de decisões contraditórias e, conseqüentemente, o surgimento de insegurança jurídica²⁰³.

Considerando estas dificuldades regulatórias, os autores acreditam que os setores recém liberalizados tendem a substituir a atuação da agência reguladora setorial pela autoridade concorrencial transversal²⁰⁴.

No que concerne às vantagens com relação ao trato das mudanças tecnológicas e de inovação, Elbia Melo e Luiz Henrique Alves Pazzini preferem as autoridades de defesa da concorrência e sugerem que estas possuem menos dificuldade em deixar de reconhecer mercados como monopólios naturais do que a regulação setorial.

(...) destaca-se, ainda, o caráter dinâmico da delimitação entre os monopólios naturais e mercados competitivos – que devido às condições de demanda e tecnologia (e, portanto, o custo) variam significativamente no tempo, mudando as estruturas de mercado, que a princípio deveriam ser regidas por uma agência reguladora e passam a ser objeto de simples regras de mercado. Tal fenômeno tem se tornado frequente com a aceleração do processo de inovação em determinados setores, como em telecomunicações e energia elétrica. Nesse sentido, a defesa da concorrência, no âmbito antitruste, tem caráter mais geral do que a regulação setorial. Esta última pressupõe determinada estrutura de mercado, cuja natureza de monopólio natural a justifica. A primeira atua sobre a própria estrutura de mercado, prevenindo, quando for o caso, configurações anticoncorrenciais e minimizando eventuais riscos de captura²⁰⁵.

Também em defesa da inserção da defesa da concorrência em mercados regulados, Sampaio ressalta a importância da atuação das autoridades antitrustes ao ingresso de novos agentes, tendendo a funcionar de forma menos protetiva do operador que historicamente venha prestando o serviço.

Além disso, a atuação do CADE também vai contra a manutenção do poder de agentes econômicos que capturaram toda a estrutura do setor a seu favor, como acontece

²⁰³ MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos, **Concorrência e regulação (a relação entre a autoridade da concorrência e as autoridades de regulação setorial)**, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 23.

²⁰⁴ “A verdade é que, mesmo que se admita que nos setores de liberalização a tendência será para que a autoridade transversal venha, a prazo, a substituir a autoridade reguladora setorial, ainda estamos longe de chegar a esse ponto”. *Ibid.*

²⁰⁵ MELO, Elbia; PAZZINI, Luiz Henrique Alves, A indústria de energia elétrica brasileira: reflexões sobre regulação e defesa da concorrência, **Revista do Direito da Energia**, n. 10, 2010, p. 138–139.

no que diz respeito às concessionárias no setor ferroviário. A esse respeito, Patrícia Regina P. Sampaio também traz interessantes reflexões:

(...) aqueles segmentos de agentes econômicos que se beneficiam da regulação anticompetitiva geralmente estão dispostos a investir recursos na sua manutenção, o que pode dificultar a própria tomada de consciência por parte do regulador.

Após analisar as vantagens e desvantagens dos modelos propostos por Gesner Oliveira, Sampaio conclui que o modelo ideal de articulação entre entidades reguladoras e de defesa da concorrência deve promover a regulação sob as lentes da promoção da concorrência, estimulando uma “cultura concorrencial” ou uma “regulação para a concorrência”, buscando-se coerência, em termos de política pública e cooperação entre entidades²⁰⁶.

Logo, para a autora, a boa regulação deve incentivar a competição entre os agentes econômicos, sempre se desviando de normas que restrinjam desnecessariamente a livre concorrência do mercado regulado ou que formem estruturas concentradas de poder.

No mesmo sentido, Gesner Oliveira considera fundamental a existência de estreita cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência e as de regulação, aduzindo que, “embora as realidades de cada jurisdição e setor apresentem especificidades que devem ser levadas em consideração, um sistema de competências complementares parece conceitualmente adequado e historicamente frequente”²⁰⁷.

Para Marques, Simões de Almeida e Forte, o *modelo de competências complementares*, proposto por Gesner Oliveira, se implementado com regras mais claras, facilita a integração dos setores regulados no mercado. O conhecimento especializado da autoridade setorial ajudaria a entidade de defesa da concorrência a fundamentar as suas intervenções. A dificuldade deste sistema é a necessidade de definição normativa prévia de como seria realizada esta articulação²⁰⁸.

A maior dificuldade para a implementação deste modelo, portanto, é exatamente a dificuldade de definição de regras de competência. Por isso, são muito frequentes

²⁰⁶ SAMPAIO, *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*, p. 101.

²⁰⁷ OLIVEIRA, *Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo*, p. 73.

²⁰⁸ MARQUES; ALMEIDA; FORTE, *Concorrência e regulação (a relação entre a autoridade da concorrência e as autoridades de regulação setorial)*, p. 23.

discussões sobre se a presença de regulação técnica e econômica sobre um determinado setor o isentaria da incidência da legislação antitruste²⁰⁹.

No sentido de facilitar esta articulação, Sampaio sugere a “celebração de convênios que estabeleçam a instrução conjunta dos casos que em tese possam ser objeto de investigação por mais de uma entidade, de modo a se evitar a tomada de decisões divergentes”²¹⁰.

²⁰⁹ SAMPAIO, **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**, p. 104.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 100.

7.2. Aplicação das normas antitruste ao setor ferroviário

A pesquisa buscou uma solução para o problema atual da inoperância do setor ferroviário nacional a partir do controle de eficiência social imposto pela Lei 12.529/12 tanto ao setor privado quanto ao público.

No setor ferroviário, como se analisará a seguir, há a formação de monopólios naturais na exploração da infraestrutura (trilhos e malhas ferroviárias), isto é, é mais interessante que apenas um ou poucos agentes econômicos realizem a atividade. A infraestrutura ferroviária, por se caracterizar de uma economia de escala, de densidade e de rede, a empresa que a explora precisa gozar de uma exclusividade para prestar o melhor serviço ao usuário, tendo em vista que o retorno da atividade só surge em um prazo muito longo e de forma crescente.

A existência de monopólios naturais em um setor, no entanto, não significa a não incidência da Lei 12.529/11. O dinamismo da economia requer o fomento à competição no setor ferroviário. A relevância da livre concorrência foi esclarecida por Otacílio dos Santos Silveira Neto:

A sociedade brasileira é naturalmente hostil ao livre mercado; é fato. Não faz parte da nossa cultura tal posicionamento econômico. Esse tipo de postura dos brasileiros fará inevitavelmente com que o país ainda continue patinando em baixos índices de crescimento econômico, insuficientes a incrementar o processo de desenvolvimento econômico do país. Esse processo só tomará corpo efetivamente quando o Brasil passar a inserir livre concorrência em sua economia (...)²¹¹.

Como se explicará adiante, é possível aplicar os outros objetivos legais apontados no art. 1º, da lei 12.529/11, quais sejam, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, quando a atividade for constituída essencialmente por um monopólio natural.

Ademais, no caso do setor ferroviário, há segmentos (como o de operação de transporte de cargas e passageiros, marketing e comércio de passagens e fretes) em que o

²¹¹ SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos, **A terceira onda: a glória extemporânea do livre mercado no Brasil**, Revista Constituição e Garantia de Direitos, disponível em: <<http://ufrn.emnuvens.com.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5800/4618>>, acesso em: 11 fev. 2016, p. 1–16.

monopólio natural não se faz presente, devendo sempre se cogitar na aplicação da Lei Antitruste até mesmo no aspecto da defesa da concorrência.

Neste ponto, a legislação antitruste, em todos os aspectos, sempre buscará a concretização do objetivo constitucional fundamental ao desenvolvimento (em sentido amplo, conforme já analisado). Assim, ao se afirmar que a Lei 12.529/12 prevê a proteção da concorrência como um dos meios para se atingir uma eficiência do setor ferroviário, deve-se ter em mente que este fim último diz respeito não apenas a uma redução de ineficiências alocativas que se refletem na produção e no preço, mas também à qualidade de produtos e serviços, o melhor atendimento possível ao consumidor e à sociedade e, principalmente, a ganhos de bem-estar. São finalidades a serem concretizadas de maneira específica de acordo com cada mercado.

(...) a relevância da defesa da concorrência para a sociedade, apontada pela literatura econômica como estando atrelada a ganhos de bem-estar e redução de ineficiências produtivas e alocativas. (...) uma sociedade que promove o princípio da livre concorrência está garantindo a liberdade de escolha individual: a competição descentraliza centros de tomada de decisões e, portanto, privilegia o direito de escolha dos indivíduos²¹².

É indispensável, para se aprofundar as discussões acerca da aplicação da lei antitruste aos serviços de infraestrutura, que se reflita acerca de intervencionismo e liberalismo. O sistema antitruste visa a limitar o poder econômico, democratizando o acesso aos meios de produção de produtos e serviços. Portanto, em setores em que há uma tendência natural de formação de conglomerados fortes ou monopólios, existe uma necessidade de intervenção estatal no jogo entre os agentes em prol da eficiência.

Por essência, as intervenções estatais entram em conflito com preceitos liberais de intervenção mínima do Estado na economia e enxugamento da máquina estatal, mas pode favorecer o acesso de novos agentes em setores em que o poder econômico tende a ser abusivo.

É importante que os preceitos do Sistema Antitruste e os atos regulatórios das Agências, no entanto, não se abstenham de perseguir os objetivos desenvolvimentistas consagrados na constituição.

O constante antagonismo entre as políticas públicas implementadas pelos atos normativos das agências reguladoras e a defesa da concorrência efetivada pelo CADE é

²¹² SAMPAIO, **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**, p. 27.

o que desenha cada mercado regulado, inclusive o setor ferroviário. Como aduz Elizabeth Farina, é imprescindível que as políticas públicas prevejam de forma clara e transparentes quais as restrições à concorrência permitidas, também em virtude da previsão constitucional do postulado da Livre Concorrência.

A possibilidade de que as políticas públicas venham a ter efeitos perversos sobre a concorrência requer que as autoridades incumbidas da defesa da concorrência dialoguem continuamente com os legisladores e com os formuladores das políticas públicas. **Não se trata de tentar impor, em todos os casos, as opções mais pró-concorrência, mas de esclarecer as escolhas, evitando efeitos não intencionais das políticas públicas** (grifo da mestrandia)²¹³.

No entanto, esse embate deve se dar estritamente em campo constitucional, sob o postulado da Livre Concorrência e dos objetivos fundamentais de desenvolvimento nacional e redução das desigualdades regionais.

Demonstra-se que é possível controlar uma conduta de agente econômico desvirtuada dos fundamentos constitucionais com base na legislação antitruste. Tendo em vista que tanto as atividades econômicas *strictu sensu* quanto os serviços públicos submetem-se ao Princípio da Legalidade – e, portanto, à Legislação Antitruste –, seu afastamento arbitrário viola o Estado de Direito e as garantias individuais.

Os setores regulados possuem algumas peculiaridades que devem permear a análise das condutas pela Autoridade de Defesa da Concorrência. Por exemplo, é preciso, assim como nas outras atividades, delimitar o mercado relevante do setor regulado para se aplicar corretamente a Lei 12.529/12²¹⁴. Esta delimitação foi realizada neste trabalho, quando se analisou a competitividade dos trilhos com relação aos outros modais de transporte. Destarte, foi possível assentar que há situações em que o setor ferroviário possui uma concorrência quase nula com qualquer outro modal: o transporte de cargas superiores a 40 toneladas, independentemente da distância. Nesse sentido, torna-se premente, principalmente nesse caso, que haja concorrência dentro do próprio setor férreo.

Além disso, é indispensável, principalmente em setores de infraestrutura como o ferroviário, que se faça uma análise prospectiva, considerando as novas configurações

²¹³ FARINA; NUNES, Regulação e defesa da concorrência: de onde viemos para onde vamos - o desafio da defesa da concorrência no Brasil do século XXI, p. 363.

²¹⁴ SILVA, Direito Da Concorrência E Regulação Dos Serviços Públicos.

mercadológicas (redução de barreiras à entrada, diversificação de produtos, melhoras na qualidade dos serviços e alterações no nível de satisfação dos consumidores), tendo em vista o dinamismo tecnológico que faz parte destes ramos, o que é mais intensamente estimulado em ambiente competitivo.

A jurisprudência europeia já dá passos significativos para a delimitação mais precisa entre a incidência do direito da concorrência nos setores regulados e a manutenção da noção material de *serviço público*, a fim de realizar os interesses sociais. O conflito entre a Liberdade Regulatória Estatal e a Defesa da Concorrência se resolve com base no Princípio da Primazia do Direito Comunitário sobre o Direito dos Estados. As leis e regulamentos contrários à Concorrência têm seus efeitos suspensos pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia.

De acordo com Santiago Muñoz Machado, a decisão do Tribunal de Justiça Europeu pode seguir três diretrizes: (1) declarar a *nulidade* do ato ou regulamento correspondente, (2) adotar *medidas cautelares, ordens de cessação* da atitude anticompetitiva ou (3) dar *indicações* sobre o comportamento a ser seguido no futuro²¹⁵.

Poder-se-ia questionar se o monopólio natural existente no elemento da infraestrutura de trilhos em si seria afetado pela Legislação Antitruste. A este respeito, se esclarece que a aplicação da legislação antitruste não necessariamente se dá no sentido de impor uma concorrência. Conforme entendimento mais razoável (v. tópico 5 sobre as atividades econômicas da nação), a defesa da concorrência pode ser afastada se a sua aplicação resultar num prejuízo ao interesse público. No entanto, o afastamento das regras concorrenciais pelas Agências Reguladoras deverá ser controlado pela noção de proporcionalidade entre o sacrifício do ambiente concorrencial e a finalidade pública almejada.

Isto é, no caso do setor ferroviário, a Lei Antitruste serviria para manter as diretrizes originais do Programa de Investimento em Logística que pretendiam inaugurar o modelo do *Open access* no fragmento da operacionalização do transporte sobre os trilhos, o comércio dos fretes, o marketing etc. Assim como já ocorre no setor aeroviário.

No entanto, para a lógica do ordenamento jurídico brasileiro, não há consenso sobre a relação CADE-Agência Reguladora. Por isso, a necessidade de todos esses esclarecimentos no sentido de defender a intervenção do CADE no Programa implementado pela ANTT no setor ferroviário. A doutrina diverge a respeito da

²¹⁵ MACHADO, Santiago Muñoz, **Servicio Público y Mercado**, Madrid: Civitas, 1998, p. 209–210.

admissibilidade da intervenção concorrencial (do CADE) sobre as agências reguladoras, na implementação das políticas públicas.

Para Pedro Aurélio de Q. Pereira da Silva, ex-coordenador geral da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, ainda persiste a dúvida sobre a possibilidade de o CADE censurar atos das agências reguladoras que, por não obedecerem a critérios de proporcionalidade e de mínima intervenção, sejam, portanto, sem razão, contrários à Livre Concorrência²¹⁶ ou a outro princípio inserto na Legislação Antitruste.

Para Ana Maria Nusdeo, “no Direito Brasileiro não há atribuição de competência à autoridade antitruste para apreciar leis e atos normativos em tese, emitidos por outros entes governamentais, para verificação de sua compatibilidade com a manutenção da livre concorrência”.

Alguns doutrinadores fazem uma análise da natureza do ato da Agência Reguladora para verificarem a impossibilidade ou não de controle pelo CADE. Isto é, sendo atos de estado ou de governo estariam isentos da intervenção da Legislação Antitruste.

Para Antônio Fonseca, citado por Mércio Felsky:

(...) se no exercício constitucional do seu poder regulamentar, uma entidade pública, por atos de estado ou de governo, causa uma infração *lato sensu* à ordem econômica, não é prático nem juridicamente possível que o Plenário do CADE possa ir além de **expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da lei**²¹⁷ (grifo da mestrandia).

No entanto, em sentido oposto, isto é, mais tendente a aceitação de uma interferência mais significativa do CADE sobre as políticas públicas implementadas pelas Agências Reguladoras, Calixto Salomão, embasando sua argumentação na teoria norte-americana da *state action doctrine*, aduz que “só há isenção antitruste quando a decisão ou regulamentação é tomada em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação”²¹⁸.

A jurisprudência do CADE já mostra uma tendência ainda mais ousada neste último sentido. Vários julgados indicam a possibilidade de que atos contrários à

²¹⁶ SILVA, Direito Da Concorrência E Regulação Dos Serviços Públicos.

²¹⁷ Ato de Concentração n. 08000.021008/97-91.

²¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial - As estruturas**, São Paulo: Malheiros, [s.d.], p. 202.

concorrência sejam censurados pelo Conselho. A ex-conselheira Lúcia Helena Salgado, na Averiguação Preliminar contra o Departamento de Aviação Civil (DAC), decidiu pela possibilidade de o CADE expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei caso se verifique, na atividade regulatória, uma norma incompatível com os princípios impostos pela concorrência no mercado.

Nesse contexto, vale destacar um instrumento muito eficaz aliado ao CADE na defesa da Legislação Antitruste em setores regulados: as *medidas preventivas*, previstas no art. 84 da Lei 12.452/11, determinando a imediata cessação da prática contrária à Legislação Antitruste e a reversão à situação anterior. Essas medidas são muito úteis quando os trâmites tradicionais do controle de condutas e concentrações se mostra ineficaz e prestam-se a impedir a ocorrência de lesão irreparável ou de difícil reparação aos bens protegidos pela Legislação Antitruste.

Art. 84. Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

Segundo Pedro Aurélio de Q. Pereira da Silva, essas medidas preventivas seriam consideradas ações *ultrapreventivas*, pois preveniriam tanto na repressão (condutas) como na prevenção (estruturas)^{219, 220}.

As informações sobre direito comparado e diretrizes hermenêuticas trazidas por esta pesquisa fazem concluir pelo cabimento deste controle, com vistas à concreção dos princípios constitucionais no caso da venda das malhas férreas pela Valec. Inicialmente, como foi visto no item 7.3, o Programa de Investimento em Logística se justificou pelo objetivo maior de abrir a malha ao modelo *open access*, de eficácia comprovada no direito comparado.

No entanto, as medidas mais recentes tomadas pela Valec, juntamente com a ANTT, foi no sentido contrário.

²¹⁹ SILVA, Direito Da Concorrência E Regulação Dos Serviços Públicos, p. 19.

²²⁰ Ato de Concentração 08012.005846/99-12.

O artigo 31 da Lei 12.529/11 deixa muito clara a possibilidade de aplicação da Legislação Antitruste às pessoas jurídicas de direito público. Por consequência, será aplicável às Agências Reguladoras, podendo o CADE revisar e suprimir atos regulatórios.

É até admissível que as agências instrumentalizem poderes normativos, atribuídos por lei, para o alcance das finalidades almejadas. Mas, reconhecer que o exercício do poder regulamentar seja exercido ao arrepio da Lei de Defesa da Concorrência significa legitimar a derrogação tácita deste diploma – o que representa uma teratologia com base no ordenamento jurídico pário²²¹.

Nessa seara, o controle realizável por meio da Legislação Antitruste vem auxiliar o controle de legitimação democrática do Poder Normativo das Agências Reguladoras (v. tópico 6.2, na parte sobre a legitimidade democrática das Agências Reguladoras).

²²¹ *Ibid.*, p. 17.

8. CONCLUSÕES

Muitas vezes, a mudança no quadro de subdesenvolvimento e submissão que se remete às suas origens coloniais demandam esforços estatais para o desenvolvimento do Brasil.

Apesar da histórica carência orçamentária, abandonar os rumos do desenvolvimento nacional para manter um frívolo equilíbrio orçamentário nunca foi uma opção para os brasileiros, tendo em vista que o único efeito desta omissão seria a eterna manutenção do total desmantelamento da infraestrutura e enorme atraso que impediria a dinamização econômica do modo de produção capitalista.

Por isso mesmo, a intervenção estatal na árdua escalada ao aprimoramento da infraestrutura brasileira deve ser eficaz e precisa para não comprometer ainda mais os escassos recursos nacionais. A intervenção estatal na economia deve ser controlada e sempre tolhida quando se desviar dos interesses sociais.

Para que o Brasil siga um rumo contrário ao Subdesenvolvimento, deverá considerar que políticas de austeridade nem sempre terão consequências profícuas para reverter o quadro de endividamento público. É simplória a restrição teleológica da máquina estatal a fins monetários. Uma política estritamente monetarista pode, a longo prazo, atrasar a economia de um país e fada-lo ao Subdesenvolvimento.

Nesse contexto, o crescimento econômico de um país é extremamente influenciado pelo adequado planejamento e fornecimento da infraestrutura aos empresários para o livre escoamento de suas produções. A disponibilidade e qualidade das malhas de transporte de um país influencia diretamente a eficiência do sistema produtivo, reduzindo custos e aumentando a competitividade dos produtos, o que beneficia toda a economia nacional.

Um país de tamanho continental como o Brasil demanda, de maneira inadiável, uma política de integração nacional que assegure transportes de baixo custo e de maior qualidade.

Nesse sentido, uma análise jurídica do Subsistema Ferroviário demanda a adequada consciência da natureza jurídica das atividades constitutivas do setor. O debate jurídico sobre a concorrência em setores regulados deve partir do pressuposto de que, mesmo entre os serviços públicos, há aqueles em que a competição é mandatória e a intervenção do Estado deverá respeitar as regras de mercado. Isto é, independentemente da definição do que seriam atividades econômicas e o que seriam serviços públicos, deve-

se entender que, dentre estes últimos (principalmente no que tange às atividades de utilidade pública), também há atividades que necessitam da lógica do mercado e da livre concorrência para gerar resultados de forma mais eficiente.

Os setores infraestruturais do art. 21 da CRFB/88 foram, em sua maioria, desde o Programa Nacional de Desestatização implementado na década de 90, transferidos à iniciativa privada como tentativa de enxugar a máquina pública. O processo de privatização das empresas nacionais não se desenvolveu, no entanto, de forma responsável e regulada, o que ocasionou o surgimento de agentes com grande poder econômico.

O Subsistema Ferroviário é, portanto, um desses serviços. Compreende tanto a exploração da infraestrutura – uma grande economia de escala e de rede formadora de monopólios naturais – quanto o comércio e a operacionalização do transporte sobre trilhos – o qual permite uma grande competitividade, se fomentada a livre iniciativa e concorrência.

Num primeiro momento, a RFFSA foi leiloada sob a égide do modelo verticalizado de concessões que não respeitou as peculiaridades de cada atividade férrea desempenhada no Subsistema. Todas as tarefas foram transferidas às onze concessionárias originais. Cada uma dominava uma região do país e realizava suas próprias transações para o tráfego mútuo e para o direito de passagem das outras no seu espaço de atuação.

Na época, levou-se em consideração apenas as características da atividade de exploração de infraestrutura que, essencialmente, trata-se de um monopólio natural, em virtude de suas características de economia de rede e de escala.

Formou-se, no Subsistema Ferroviário, grandes concentrações de Poder Econômico que futuramente seriam o principal obstáculo à eficiência dos trilhos e da estagnação do modal. Nessa linha, o relevante interesse público demandou que as atividades fossem devidamente reguladas e controladas pelo Estado, mesmo que de maneira mais indireta.

Foi neste período que a figura jurídica da Agência Reguladora, já existente em território nacional, ganhou relevância. Ela tinha a função de orientar os setores regulados em direção às políticas públicas planejadas para o ordenamento econômico. Nessa esteira, criou-se, para o Subsistema Ferroviário, a Agência Nacional de Transportes Terrestres.

No entanto, os problemas de integração do modal ferroviário persistiram e a quase ausência de concorrência no setor criou dificuldades que impediam o crescimento do país e o desenvolvimento nacional.

Foi, então, que em 2012, os Poderes Executivo e Legislativo iniciaram o delineamento de um novo modelo de concessões a ser implementado nas futuras licitações de trilhos: era o Programa de Investimento em Logística, cujas principais bandeiras eram desagregar, nas licitações, as atividades constitutivas do sistema férreo (*vertical unbundling*) e, em relação à atividade de operacionalização do transporte (capacidade operacional), promover o livre acesso de empresas independentes das concessionárias aos trilhos (*open access*).

Depois de três anos de planejamentos, articulações políticas, edições de decretos e alterações legislativas, os agentes institucionais sucumbem às pressões políticas – não apenas de cunho monetarista, mas também a uma provável captura pelas detentoras históricas de grande poder econômico, as concessionárias – e estão prestes a leiloar a principal linha férrea construída sob a gestão da Valec, a Norte-Sul, de acordo com o modelo verticalizado obsoleto, que privilegia apenas a empresa arrematante e que engessa um sistema que demanda um grande dinamismo competitivo.

Para impedir esse prejuízo à ordem econômica nacional causado principalmente por atos administrativos que obstaculizam a concorrência no setor, cabe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica a atuação junto à ANTT, baseado nas alterações legislativas já consolidadas que instituíram o regime de livre acesso e na legislação antitruste.

É relevante destacar que a análise realizada não desconsidera a importância da regulação e planejamento do setor ferroviário para o seu aprimoramento adequado às finalidades constitucionais. Muito pelo contrário, a autora considera imprescindível a atuação da agência reguladora na persecução das diretrizes políticas democraticamente determinadas para o setor.

No entanto, o poder regulador pode e deve ser limitado pelos demais princípios constitucionais, inclusive o da Livre Concorrência. Isto é, as políticas públicas definidas deverão observar uma coerência finalística em conformidade com a Constituição da República de 1988.

A ponderação entre Planejamento e Livre Concorrência leva à conclusão de que o planejamento dos setores econômicos somente pode prejudicar o livre mercado em prol de um fim maior, isto é, se o conteúdo da norma satisfizer os critérios de Subsidiariedade

– ou seja, possuir *efetividade regulatória*, representar um real ganho de *eficiência social* –, além de atender aos elementos que compõem o Princípio da Proporcionalidade.

Nesse contexto, é notório que o prejuízo concorrencial pretendido não trará nenhuma eficiência social ao modal ferroviário. Uma maior competitividade entre os modais sim, traria vantagens neste sentido, facilitando as trocas comerciais, aumentando a qualidade dos produtos e diminuindo seu preço, ou seja, ampliando as liberdades substantivas da população, tanto no que se relaciona aos empresários quanto aos consumidores.

Hoje, há numerosos julgados do CADE que reconhecem a relevância de se proceder à análise antitruste a respeito do mercado de infraestrutura e transporte ferroviário de cargas, apesar de este já ser, em si, objeto de regulação setorial da União (atualmente, pela ANTT) e considerado, recorrentemente, monopólio natural.

O Programa de Investimentos em Logística aplicado ao setor ferroviário se trata de uma política pública de abertura do setor à concorrência e o desvio de suas finalidades em situação de crise econômica é contrário a todos os três espectros políticos que o trabalho conjunto entre ANTT e CADE deve seguir: o *respeito à política pública do setor*, a *defesa da concorrência* e a *busca pela eficiência social do mercado*.

O estudo encara como válida a intervenção do CADE não apenas com relação à ANTT como também no que concerne aos leilões realizados pela empresa pública Valec. Há a identificação do objeto de atuação do Conselho na medida em que a Valec, sob anuência da equipe econômica e Agência Reguladora, pretendem promover as concessões da malha férrea de forma contrária à estabelecida no Decreto 8.129/13.

Em outras palavras, como analisado no tópico 8 sobre o conflito de competência entre CADE e ente regulador, há uma política pública expressa no decreto que está em consonância com a proteção da concorrência, no sentido de modificar o modelo tradicional de verticalização das concessões e implementar um novo modelo de livre acesso em que apenas a exploração da infraestrutura é concedida e mantida em monopólio natural, enquanto a operacionalização dos serviços de transporte é mantida aberta a todas as empresas interessadas e aptas, no padrão conhecido como *Open access*.

É interessante notar que, antes das alterações promovidas pelas Leis 12.743/12, 12.815/13 e 12.996/14 e pelo Decreto 8.129/13, não havia uma política pública expressa no sentido de proteger à livre concorrência. Defendia-se que o setor ferroviário era um grande palco exclusivo de economias de escala e de rede. Desconsiderava-se, portanto, a

possibilidade (e até necessidade) da promoção da Livre Concorrência na atividade de operacionalização do transporte sobre as malhas.

Com a edição das Leis 2.743/12, 12.815/13 e 12.996/14 e expedição do Decreto 8.129/13, abriu-se um novo regime jurídico para o setor, o inserindo como objeto de proteção do CADE.

Os diplomas normativos (decreto 8.129/13 e Lei 12.529/11), portanto, estão em harmonia de interesses e contribuem para a concretização do direito social ao transporte inscrito no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. A restrição à concorrência intentada pela equipe econômica, por meio da Valec e ANTT, deve ser expurgada do ordenamento. O CADE deverá, portanto, adotar providências como a orientação adequada dos agentes institucionais, a assinatura de termos de adequação de conduta, bem como a celebração de convênios que definam os limites da regulação e as situações em que decisões prévias do CADE serão obrigatórias.

Dentre as orientações, deve-se levar em conta as fragilidades do Programa que permitiram a guinada inesperada das regras concorrenciais a serem impostas às novas concessões.

Portanto, o CADE poderá orientar os agentes institucionais do Subsistema Ferroviário a formalizar de maneira mais firme as diretrizes do Programa para que as instabilidades políticas não sejam capazes de mudar os objetivos das novas concessões, prejudicando os direitos fundamentais à livre iniciativa e à livre concorrência e mantendo as aberrações sociais que o abuso do poder econômico impõe a nosso país.

REFERÊNCIAS

AGEM. **Leilão de ferrovias muda para viabilizar Norte-Sul**. Governo do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.agem.sp.gov.br/leilao-de-ferrovias-muda-para-viabilizar-norte-sul/>>. Acesso em: 2 out. 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Competências Antitruste e Regulações Setoriais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, p. 10, 2009. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1791368/DLFE-63763.pdf/REVISTA6425.pdf>>.

ARAÚJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. *In*: MORAES, Alexandre de (Org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

AUTORES, Vários. **Direito econômico: direito econômico regulatório**. Série GV-1. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *In*: **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 79–80.

BERTI, Lapo. **Il mercato oltre le ideologie**. Milão: Università Bocconi Editore, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *In*: **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Qual a ideologia da constituição? *In*: CASTRO, Matheus Felipe de; MEZZAROBBA, Orides (Orgs.). **História Ideológica e Econômica das Constituições Brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 184.

BRASIL. **Ferrovias Valec**. Valec. Disponível em: <http://www.valec.gov.br/acoes_programas/Downloads/MapaFerroviasValec_15-06-2015.pdf>. Acesso em: 27 set. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25a. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, Newton de. Estrutura, desempenho e perspectivas do transporte ferroviário de cargas. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 32, n. 2, p. 251–283, .

CASTRO, Newton de. Privatização do Setor de Transportes no Brasil. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro (Orgs.). **A Privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública**. [s.l.]: BNDES, 2000, p. 370. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbha.asp>>.

CASTRO, Matheus Felipe; MEZZAROBBA, Orides. **História ideológica e econômica das constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. A Constituição Econômica e a Interface entre regulação setorial e antitruste no direito brasileiro. **Revista do Ibrac**, v. 16, n. 1, 2009.

CNT. O Sistema ferroviário brasileiro. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo:

Malheiros, 2003, p. 717.

DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira; ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. **O controle orçamentário como mecanismo de concretização dos direitos sociais no Brasil.** Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2e30b27a08f1f6f5>>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 27a. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública.** São Paulo: Atlas, 2005.

DUTRA FONSECA, Pedro Cezar. Nacionalismo e Economia: o segundo governo Vargas. In: **História Econômica do Brasil Contemporâneo.** São Paulo: Hucitec, 1997. Disponível em: <<http://www8.ufrgs.br/decon/publionline/textosprofessores/fonseca/historia-economica-brasil-contemporaneo.pdf>>.

FARIELLO, Danilo. **Presidente da Valec critica opção pelo modelo antigo no leilão de concessões de ferrovias.** O Globo. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/presidente-da-valec-critica-opcao-por-modelo-antigo-no-leilao-de-concessoes-de-ferrovias-16040526>>.

FARINA, Elizabeth M. M. Q.; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia. **Competitividade: mercado, Estado e organizações.** São Paulo: Singular, 1997.

FARINA, Elizabeth M. M. Q.; NUNES, Rubens. Regulação e defesa da concorrência: de onde viemos para onde vamos - o desafio da defesa da concorrência no Brasil do século XXI. In: **O Brasil do século XXI - Volume 1.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 448.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FOGEL, Robert William. **Railroads and american economic growth: essays in economic history.** Baltimore, MD: Johns Hopkins Press, 1964.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os Fundamentos do Antitruste.** 4a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste.** São Paulo: Singular, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 16a. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRECCO, Marco Aurélio. Aspectos da concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia,** 1972.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 2a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JENNAR, Raoul Marc. Cinquenta países negociam em segredo a liberalização dos serviços. **Le Monde Diplomatique Brasil,** 2014.

KUTTNER, Robert. Prefácio de Richard C. Leone, presidente do The Twentieth Century Fund. In: **Tudo à venda: as virtudes e os limites do mercado.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 14.

KUTTNER, Robert. **Tudo à venda: as virtudes e os limites do mercado.** São Paulo:

Companhia das Letras, 1998.

LEBBOS, Carolina Moura. Divisão de competências e articulação entre reguladores setoriais e órgãos de defesa da concorrência. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Orgs.). **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 225.

LOPES, António Simões. **Desenvolvimento regional**. 5a. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MACHADO, Santiago Muñoz. **Servicio Público y Mercado**. Madrid: Civitas, 1998.

MÄRKEL, Peter N. **Netzzusamenschaltung in der Telekommunikation**. Baden-Baden: Nomos, 1998.

MARQUES, Floriano de Azevedo. Universalização de Serviços Públicos e Competição: o Caso do Gás Natural. **Revista do Ibrac**, v. 8, n. 4, p. 101, 2001.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. **Concorrência e regulação (a relação entre a autoridade da concorrência e as autoridades de regulação setorial)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. Desintervenção do estado e regulação de serviços públicos. **Economia e prospectiva**, v. 2, n. 3-4, p. 133–157, .

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Agências Reguladoras e suas características. **Revista de Direito Administrativo**, v. 218, n. out/dez, p. 71, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Elbia; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. A indústria de energia elétrica brasileira: reflexões sobre regulação e defesa da concorrência. **Revista do Direito da Energia**, n. 10, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORISUGI, Hisa; HAYASHIYAMA, Yasuhisa. **Post-evaluation of the Japanese railway network**. London: Macmillan, 1997.

MUKAI, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PEDROSA, Henrique Emanuel Gomes. **Privatizações sob a ótica do direito privado: desigualdade contratual e fiscalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Tráfego mútuo e direito de passagem como instrumentos para compartilhamento de infraestrutura no setor ferroviário. *In*: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.). **Direito econômico: direito econômico regulatório**. Série GV-I. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

POLAK, Jacob B.; HEERTJE, Arnold; BUTTON, K. **Analytical transport economics -**

an international perspective. [s.l.: s.n.], 2010.

PROSSER, Tony. Theorising utility regulation. **The Modern Law Review**, v. 62, n. 2, 1999.

QUINET, Emile; VICKERMAN, Roger. **Principles of transport economics.** [s.l.]: Edward Elgar Publishing Limites, 2004.

RESENDE, Paulo Tarso Vilela De; OLIVEIRA, Marcos Paulo Valadares De; SOUSA, Paulo Renato De. Análise do Modelo de Concessão no Transporte Ferroviário Brasileiro : a Visão dos Usuários. **Revista ADM.MADE**, v. 13, n. 3, p. 40–59, 2009.

RODRÍGUEZ, Octavio. **O estruturalismo latino-americano.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

ROSTOW, Walt W. **The stages of economic growth.** Cambridge: Cambridge University Press, 1960.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial - As estruturas.** São Paulo: Malheiros, [s.d.].

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica.** São Paulo: Malheiros, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência (estudos e pareceres).** São Paulo: Malheiros, 2002.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SARAIVA, Paulo Lôpo. Do estado liberal ao estado social: a obra prima de Paulo Bonavides. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem à Paulo Bonavides.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 456.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENNA, Luiz Afonso dos Santos. **Economia e Planejamento dos Transportes.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

SILVA, Pedro Aurelio De Queiroz Pereira. Direito Da Concorrência E Regulação Dos Serviços Públicos. **REDAE. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, p. 1–24, 2005.

SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. **A terceira onda: a glória extemporânea do livre mercado no Brasil.** Revista Constituição e Garantia de Direitos. Disponível em: <<http://ufrn.emnuvens.com.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5800/4618>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. O CADE e a Competição nos Serviços Públicos. **Revista Forum Administrativo**, 2001. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/conteudo-revista/?conteudo=5>>.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras na administração. **Revista de Direito Administrativo**, v. 221, n. jul/set, p. 1, 2000.

TÁCITO, Caio. Serviço de utilidade pública. Autorização. Gás liquefeito de petróleo. *In: Temas de direito público*. [s.l.: s.n.], 1997, p. 1236.

UNCTAD. V UN Conference to review all aspects of the set of multilaterally agreed equitable principles and rules for the control of restrictive business practices. *In: Best practices for defining respective competences and settling of cases which involve joint action of competition authorities and regulatory bodies*. Antalya: ONU, 2005, p. 12. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf6d13_en.pdf>.

UNCTAD. VI UN Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices. *In: Model Law on Competition - Chapter VII: The relationship between competition authority and regulatory bodies, including sectoral regulators*. Geneva: ONU, 2010. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7L7_en.pdf>.

UNIÃO, Tribunal de Contas da. Relatório de Auditoria. *In: AC-1205-18/15-P*. [s.l.]: TCU, 2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>.

VICKERS, John. **Concepts of competition**. Oxford: [s.n.], 1993. (New Series, v. 47).

WADE, Robert. **Governing the Market With a new introduction by the author**. Oxford: Princeton University Press, [s.d.].

WALD, Arnaldo. O direito do desenvolvimento. *In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1227.

Para fazer caixa, concessão ferroviária volta a modelo de outorga. Jornal do Comércio. Disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=195871>>. Acesso em: 28 set. 2015.

